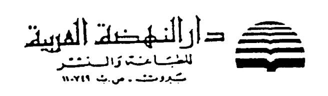
العقود المسماة

الجزء الأول
البيع

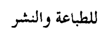
دكتور نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض
رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة بيروت العربية



الطبعة الاولى 1997 م .

الناشر


دار النهضة العربية
للطباعة والنشر

الادارة : بيروت - شارع مدحت باشا - بناية كريدية
تلفون : 743166- 743167 - 736093
برقيا : دانهضة - ص .ب 749-11
فاكس : 232 - 4781 - 212 - 001
فاكس : 735295 - 1 - 00961

المكتبة : شارع البستاني - بناية اسكندراني رقم 3
غربي جامعة بيروت العربية
تلفون : 316202 - 818703

المستودع : بئر حسن - خلف تلفزيون المشرق - سابقا
بناية كريدية - تلفون : 833180

العقود المسماة

بسم الله الرحمٰن الرحيم

مقدّمـــة

في هذه المقدمة نعرض باختصار لفكرة العقود المسماة، ثم نبين مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة، وأخيراً نحدد نطاق الدراسة وخطتها.

أولاً ـ فكرة العقود المسماة:

يهيمن على فكرة العقود المسماة بعض الأفكار المتقابلة: كالمقابلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة، وبين العقود المسماة والعقود غير المسماة. هذا التقابل بين الأفكار يثير مشكلة قانونية وفنية هي مشكلة التكييف ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل:

١ ـ القواعد العامة والقواعد الخاصة[1]:

على مستوى التنظيم القانوني نجد أن قانون العقود المسماة يقع بين النظرية العامة للالتزامات وما يبرمه الأفراد بملء إرادتهم من عقود طبقاً لمبدأ الرضائية.

• فالنظرية العامة للالتزامات تنظم القواعد العامة الحاكمة لأي عقد من العقود أياً كان مسماه وأياً كان وصفه، ويقوم الأفراد بإبرام ما يشاؤون من عقود في خضم الحياة اليومية لتلبية الحاجات المتجددة دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة،

---

(١) انظر في العلاقة بينهما:

J. Huet, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J. 1996 no 6 p. 10.

بعض أنواع من هذه العقود قد خصها المشرع بقواعد خاصة، ولهذا السبب يطلق عليها الفقه الفرنسي غالباً اسم العقود الخاصة، Les spéciaux contrats. هذه العقود الخاصة هي التي ترادف العقود المسماة (Les contrats nommés) حيث إن المشرع قد قام بتنظيمها وإعطائها اسم معين كـ (عقد البيع، والإيجار، والقرض، والوكالة، والوديعة، والعارية، والتأمين... الخ)[1] ويتضمن قانون العقود المسماة قواعد قانونية أكثر تفصيلاً وأكثر واقعية بالمقارنة إلى النظرية العامة للعقد. فهذا القانون يبين العناصر الجوهرية المكونة لأي عقد من العقود المسماة. فهو يبين الإطار العام لكل عقد من العقود المسماة مما يسمح للأطراف تشخيصه بسهولة، وكذلك تطويعه للغاية التي يسعون إليها.

وعلى ذلك فالعقد المسمى ليس هو العقد الفردي، فلا يمكن أن يوجد بيعان متطابقان تماماً، إذ سيقوم الطرفان على الأقل في كل عقد بتحديد الشيء المباع والثمن. فالقانون لا يعنى بتحديد محتوى كل عقد وإنما يترك ذلك عادة لإرادة الأفراد.

نخلص من كل ما تقدم أن قانون العقود يشتمل على ثلاث تنظيمات متتابعة تنطلق من العمومية إلى الخصوصية، النظرية العامة للعقد، القواعد الخاصة بالعقود المسماة، والتي تنظم كل عقد على حدة، العقد الفردي الذي يتحدد محتواه بإرادة أطرافه وهذا العقد قد يطابق في عناصره الجوهرية لعقد من العقود المسماة وقد لا يطابق أي منها. وهذا يثير مشكلة العقود غير المسماة بالمقابلة للعقود المسماة. هذا هو موضوع الفقرة التالية.

٢ ـ العقود المسماة والعقود غير المسماة[2]:

قد سبق أن رأينا[3] أن تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة مرتبط بأمرين:

---

(١) F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, contrats civils et commerciaux, 2ᵉed. Précis Dalloz, 1993, p. no 2 p. 3.

(٢) انظر في التطور التاريخي لفكرة العقود المسماة والعقود غير المسماة:

A. Laingui, Les contats spéciaux dans l'histoire des obligations, in le droit contemporain des contrats, Trav. et recherches de la faculté des sciences juridiques de Rennes, 1985-1986, Economica, pp. 39-47.

(٣) انظر للمؤلف النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول ١٩٩٥ دار النهضة، بيروت ص ٤٤.

الأول: مبدأ سلطان الإرادة، حيث إن الإرادة حرة في إنشاءة ما تريد من عقود وتحديد مضمون هذه العقود، ولا يوجد حدود لذلك سوى عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب.

الثاني: هو انتشار العقد وذيوعه بين الناس، حيث إن حاجات الأفراد المتجددة تؤدي إلى ابتكار الأفراد لأنواع من عقود تلبي تلك الحاجات وذلك لأنه يستحيل على المشرع أن يخضع عقود الأفراد لحصر أو لعد[1]. ومن هنا كان لدينا عقود ذائعة ومنتشرة ومستقرة في العمل قام المشرع بتسميتها وتحديد القواعد الخاصة لها[2]، وعقود أخرى تنشأ استجابة لحاجات الأفراد ليس لها مسمى خاص محدد (وإن كان العمل يطلق بالضرورة عليها اسم معين) ولا قواعد خاصة بها تحكمها.

ولذلك درجت معظم التقنينات المدنية على أن تقرر قسماً خاصاً بالعقود المسماة وذلك بعد أن تتناول في قسمها الأول النظرية العامة للعقد.

ويهدف المشرع من وضع هذه القواعد الخاصة إلى تحقيق عدة أغراض منها:

١ ـ التيسير على المتعاقدين، حيث يكفي أن يتفق أطراف العقد على المسائل الجوهرية حتى ينعقد العقد ويرتب آثاره، أما المسائل التفصيلية فتحكمها القواعد المكملة التي أوردها المشرع في هذا الخصوص، طالما أنه لم يتفقا على استبعاد تطبيقها.

---

(١) انظر:

M. Planiol, classification synthétique des contrats Rev. crit. 1904, p. 470, V° aussi. Traité 2, no 1352.

حيث حاول هذا الفقيه تصنيف العقود بصفة عامة، المسماة منها وغير المسماة، في طوائف معينة.

(٢) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ مطبوع ٨، منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ دار المعارف، فقرة ٢ ص ١، ٢، إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ١٩٦٣ ص ٦، سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف ص ١٢ وما بعدها.

A. Bénabent, Droit civiles, les contrats spéciaux 2^{e} éd 1995 no 4 p. 3.

٢ ـ هذا التنظيم ييسر أيضاً مهمة القاضي في تطبيق القواعد العامة على العقود الخاصة.

٣ ـ هذا التنظيم يتضمن القواعد الخاصة التي يتميز بها العقد المسمى عن غيره من العقود ويخرج بها عن القواعد العامة وذلك تحقيقاً لمصالح وجدها المشرع جديرة بالرعاية.

٤ ـ قد يهدف المشرع من وضع هذا التنظيم الخاص لبعض العقود إلى تطوير هذه العقود في سبيل تحقيق غايات معينة تتعلق بالسياسة التشريعية أو تمليها اعتبارات النظام العام الاقتصادي أو الاجتماعي، كما هو الشأن في تنظيم عقد التأمين، وعقد إيجار الأماكن.

وقد اعتمد المشرع المصري في تبويبه للعقود المسماة الموضوع الذي يرد عليه العقد، ولذلك فهي تنقسم من هذه الناحية إلى:

١ ـ عقود ترد على الملكية، وهي البيع، المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، الصلح.

٢ ـ عقود ترد على الانتفاع بالشيء، وهي الإيجار، العارية.

٣ ـ عقود ترد على العمل، وهي المقاولة، التزام المرافق العامة، عقد العمل، الوكالة، الوديعة، الحراسة.

٤ ـ عقود احتمالية (عقود الغرر) ترد على موضوع غير محقق، وهي المقامرة، الرهان، عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة، عقد التأمين.

٥ ـ عقود التأمينات الشخصية والعينية، وتشكل الكفالة وهي من عقود التأمينات الشخصية (أفرد لها الباب الخامس) والرهن الرسمي (الباب الأول من الكتاب الرابع) والرهن الحيازي (الباب الثالث من الكتاب الرابع) وهما من عقود التأمينات العينية[1].

---

(١) وقد سار المشرع الأردني على نفس هذا النهج فكرس الكتاب الأول للحقوق الشخصية، وأفرد فيه الفصل الأول من الباب لنظرية العقد (م ٨٧ ـ ٢٥٥)، ثم تكلم في الكتاب =

وعلى ذلك يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة الواردة على الملكية. ويعتبر عقد الإيجار من أهم العقود الواردة على الانتفاع في الشيء.

في القانون اللبناني:

لم ينشغل المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود بتبويب أو تصنيف العقود المسماة وإنما اكتفى بأن كرس القسم الثاني لها بعنوان «قواعد مختصة ببعض العقود» ثم أورد على رأس هذه العقود المسماة عقد البيع في الكتاب الأول ثم قفاه بالمقايضة، والهبة، وإيجار الأشياء، وإجارة الخدمة أو عقد الاستخدام، والوديعة، والحراسة، والقرض (قرض الاستعمال، وقرض الاستهلاك) والوكالة، والشركات، والكتاب العاشر كرسه لعقود الغرر (الضمان، والمقامرة، والمراهنة، والدخل مدى الحياة) ثم في الكتاب الحادي عشر الصلح، وأخيراً الكفالة، ثم ألحق بقانون الموجبات والعقود المرسوم الاشتراعي رقم ٥٤ الصادر في ٢٠ تشرين الأول ١٩٣٢ الخاص بعقد رهن المنقولات.

وتتجلى أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في عملية التكييف. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

٣ ـ التكييف:

سبق أن بينا أن المقابلة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة، والعقود المسماة والعقود غير المسماة تثير مشكلة فنية وقانونية هي مشكلة التكييف[١]. فمشكلة التكييف تعنى بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الذي

= الثاني عن العقود، وانتهج في تقسيمها أيضاً نفس النهج المشرع المصري فقسمها على عقود تمليك (الباب الأول)، عقود المنفعة (الباب الثاني)، وعقود العمل (الباب الثالث)، وعقود الغرر (الباب الرابع)، وعقود التوثيقات الشخصية (الباب الخامس) وتعرض فيه للكفالة والحوالة.

وانظر في تصنيف مشابه

J. Huet, op. cit, no 13 p 23, A. Bénabent, op. cit, no 10 p. 10.

(١) وانظر في الجدول المتضمن لمجموعات العقود

A. Bénabent, op. cit, no 8 p. 5. p. 8, 9.

أبرمه الأطراف إلى جانب النظرية العامة للعقد[1].

أ - التكييف والتفسير :

فالتكييف مسألة تثار دائماً عند تطبيق أي قاعدة قانونية. ويرجع ذلك إلى أن القانون يتكون من مجموعة محدودة من القواعد بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة. فعند تطبيق القانون على الواقع فإن ذلك يستلزم دائماً تكييف هذا الواقع، بمعنى تحديد الطائفة القانونية التي ينتمي إليها هذا الواقع تمهيداً لتطبيق القواعد القانونية التي تحكم هذه الطائفة عليه.

ففي مجال العقود مثلاً نجد أنه على المستوى التنظيمي يوجد لدينا القواعد العامة في نظرية الالتزامات، والقواعد الخاصة في قانون العقود المسماة. أما على المستوى العملي نجد أن الأفراد يبرمون ما يشاؤون من عقود وفقاً لما يلبي حاجاتهم ورغباتهم دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التنظيمات القانونية الخاصة. والأصل أن هذه الاتفاقات تبرم وتنفذ دون أن تثير مشاكل ما. أما عندما يثور الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف ويطرح الأمر على القضاء فإنه يجب على القاضي أن يقوم بصفة أولية بعملية قانونية وفنية تتمثل في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقاً لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة[2] فإذا ما

(١) قد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يورد نصاً خاصاً بهذا الحكم هو نص المادة ١٢٧ والذي ينص على أن «١ - تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل» «٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها. وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية» وقد حذف هذا النص لعدم الحاجة إليه.
وتنص المادة ٢/١٧٥ موجبات وعقود لبناني على أن «تطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماة وغير المسماة». وتنص المادة ٣/١٧٥ على أن «القواعد المذكورة في القسم الثاني فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة».

(٢) قد يتم توصيف وتصنيف هذه النماذج طبقاً لإرادة الطرفين، أو لصفتهما، أو لموضوع العقد، أو لموضوع الاداء المميز للعقد انظر في تفصيل ذلك
F. Collart Dutilleul, Ph. Delehecque, op. cit, no² 26, 26 p. 25; no² 28, 29 p. 26-27.

تطابقت العناصر الجوهرية للاتفاق الفردي مع أحد النماذج فإن العقد يكون من العقود المسماة ويطبق القاضي عليه القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد إلى جانب القواعد العامة. أما إذا لم يطابق هذا الاتفاق لأي من النماذج الواردة في قانون العقود المسماة فإن العقد يكون من العقود غير المسماة ويحاول القاضي جاهداً البحث عن القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات أو في أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد.

ويقوم القاضي بعملية تكييف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدان[1].

على ذلك فإن التكييف يفترض القيام بعمليتين متتاليتين:

الأولى: يحدد بطريقة مجردة العناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود، كأن يبحث ما يميز عقد البيع مثلاً فيجد ضرورة توافر عنصر الثمن ونقل الملكية، في عقد العمل عنصر التبعية، في الهبة نية التبرع.. الخ.

الثانية: يبحث في العقد الفردي الذي أبرمه الأطراف عن العناصر الواقعية التي تقابل هذه العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى[2] ولذلك يعتبر التكييف عملية قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض[3].

وفي بعض الأحيان يلزم للقيام بتكييف عقد من العقود أن يقوم القاضي أولاً بتفسيره، وذلك بالبحث فيما اتجهت إليه في الواقع إرادة المتعاقدين للمقابلة بينها

(١) نقض ١٧/١٢/١٩٨٦ مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، جـ ١ س ٣٧ ص ٢١٥، وقد قضت محكمة النقض بأن «المناط في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ما ضمنوها من عبارات إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون» ٢٧/١١/١٩٨٦ نفس المجموعة، جـ ٢ س ٣٧ ص ٩١١.

(٢) انظر

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, où il parle de certains critères; critère sociologique, critère économique, et critère juridique, le plus précis reste le critère juridique.

(٣) نقض ١٧/١٢/١٩٨٦ السابق الإشارة إليه.

وبين الوصف القانوني الذي أعطاه المشرع لعقد من العقود. ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين واستخلاص ما يمكن استخلاصه[1] متى كان تفسيرها ما تحتمله عباراتها، مع عدم تقيدها بما تفيده عبارة معينة بل بما يفيده العقد في جملته[2] كل ذلك دون رقابة من محكمة النقض[3].

ب ـ كيف تعرض مشكلة التكييف؟

سبق أن رأينا أن التكييف يعتبر مسألة أولية ضرورية لتطبيق أي قاعدة قانونية، سواء كانت هذه القاعدة آمرة ـ حيث إنه لا سلطان لإرادة الأفراد حيالها ـ أو قاعدة مكملة أو مفسرة ـ في حالة عدم الاتفاق على خلافها أو استبعادها. وفي غالب الأحوال يتم بسهولة عندما يتضمن الاتفاق العناصر الجوهرية التي تقابل العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة. فمثلاً الاتفاق الذي يتضمن نقل ملكية عقار معين في مقابل ثمن معين فإنه يقابل بطبيعة الحال عقد بيع عقار.

لكن قد تتعقد الأمور ويجد القاضي أمامه عقداً مركباً أو مجموع من العقود أو سلسلة من العقود أو عقداً مشتركاً أو تعاقد من الباطن. فماذا يكون الموقف إذن؟

فقد أصبح من المألوف حالياً أنه في نفس العلاقة العقدية يتراكب عقدان مختلفان. ولذلك فإن الفقه الحديث يفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان هذا التراكب يُكَوِّن كلاً واحداً أم لا[4]؟ فإذا كان يشكل كلاً واحداً فالأمر يتعلق إذن بعقد مركب Contrat complex، أما إذا كان غير ذلك فإن الأمر يتعلق بمجموع أو بسلسلة من العقود Groupes ou chaînes de contrats علاوة على ذلك فإن تنفيذ عقد معين قد

---

(١) نقض ٢/١/١٩٨٦ مجموعة أحكام النقض، جـ ١ س ٣٧ ص ٩٠.

(٢) نقض ١٧/٢/١٩٨٦ مجموعة أحكام البعض جـ ١ س ٣٧ ص ٢١١.

نقض ٨/٦/١٩٩٢ الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٥٧ ق، المحاماة، أغسطس ١٩٩٤ القاعدة ١٠٠ ص ١٦٦.

(٣) نقض ١٢/١١/١٩٨٦ المجموعة السابقة س ٣٧ ص ٣٨٦، ٢٧/١١/١٩٨٦ ص ٨٩٦.

(٤) Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les contrats spéciaux éd. 1995/ 1996, cujas no 8 p. 19 et S.

يستدعي في الغالب تدخل أكثر من شخص، ونصادف ذلك في العقد المشترك أو التعاقد من الباطن.

أ - **في العقد المركب**: كما سبق أن رأينا يتداخل أكثر من عقد في علاقة عقدية واحدة، بحيث يكون هذا المجموع كلاً واحداً، أي وحدة متجانسة ويتمثل العقد المركب في أحد نموذجين: إما يتعلق الأمر بـ «عقد حدودي» «Contrat frontière» لأنه يقع على الحدود بين عقدين، بحيث يتضمن عقدين مسميين مختلفين، مثال ذلك بيع العلف الأخضر للماشية فهو قريب من عقد البيع وعقد الإيجار بالزرعة[1] إما يتعلق الأمر بمزيج من عدة عقود مسماة أو غير مسماة مثل ذلك الهبة مع التكليف (فهي مزيج من البيع والهبة)، القسمة بمعدل (مزيج من البيع والقسمة)، البيع الإيجاري (مزيج من البيع والإيجار) عقد بيع عقار تحت الانشاء (مزيج من البيع والمقاولة)، عقد الفندقة (مزيج من الإيجار وذلك بالنسبة للغرفة، وعقد العمل وذلك بالنسبة لعمال الخدمة).

ويمكن أن يكون المزيج بين ثلاث عقود مختلفة، فالسفر بالسكة الحديد بعربة النوم يعتبر في نفس الوقت عقد نقل وعقد فندقة وعقد عمل.

وتظهر أهمية التكييف في هذه الحالة إذا كانت القواعد الخاصة بالعقود المندمجة مختلفة وأن نظامها القانوني متعارض.

ففي القسمة بمعدل نجد أن القواعد الخاصة بعقد القسمة مختلفة تماماً عن القواعد الخاصة بعقد البيع ولذلك في هذه الحالة يجب أن يحدد القاضي فيما إذا كان العقد عقد قسمة أو عقد بيع. وبالمثل في حالة الوعد بالبيع مع اشتراط التعويض عن عدم التصرف في الشيء خلال فترة الوعد نجد أن هناك تنازع بين القواعد الواجبة التطبيق والخاصة بكل عقد من هذه العقود الخاصة المكونة للعقد المركب لأن هذا العقد على الحدود بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين.

---

(١) المعيار الفاصل في هذه الحالة يكمن فيما إذا كان المتلقي للمحصول لم يستمر في الاستغلال ولم يستعمل الأرض إلا الوقت اللازم لجني المحصول فإن الأمر يتعلق ببيع وإذا كان العكس فالأمر يتعلق بإيجار انظر

Civ. 3, 11 Juin 1986, Rev. Trim. dr.civ. 87. III 2e esp. note critique Ph. Remy., cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, note 67, p. 67.

- **بالنسبة للمجموعة من العقود**[1] **وسلسلة العقود**: نجد في المجموعة من العقود أن عدة عقود مختلفة اشتركت في تحقيق مشروع واحد ولكن دون أن تشكل - من حيث المبدأ - عقداً واحداً. فالأمر يتعلق بتناسق لا باتحاد. فمثلاً شخص يبرم عقد قرض من أجل شراء شيء معين، أو أن شخص يقوم بالاقتراض ومن أجل ذلك يبرم عقد تأمين على الحياة، أو أن يقوم بشراء سيارة جديدة في مقابل أخذ سيارته المستعملة. في هذه الحالة لا توجد صعوبة في التكييف، لكن **التساؤل الذي يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان هناك انقسام أو عدم قابلية للانقسام بين هذه العقود المشتركة**؟ المبدأ هو أن كل عقد من هذه العقود مستقل عن الآخر ما لم يرد نص تشريعي على خلافه (بصفة خاصة التشريعات الحمائية للمستهلكين)[2] أو الاتفاق الذي يؤدي إلى الربط بين هذه العقود.

- وقد يأخذ المجموع من العقود شكل سلسلة من العقود. وهذا الشكل الأخير شائع في المجال التجاري بأن تكون هناك روابط عقدية متتابعة وذات موضوع مشترك يربط بين عدة أشخاص. فمثلاً البيع التجاري ليس إلا حلقة في سلسلة تداول السلع: فقد يسبقه أو يتبعه بيوع أخرى، فالبائع يحصل على الشيء المبيع من تاجر الجملة وهذا الأخير هو الآخر قد حصل عليه إما من تاجر آخر أو من المنتج مباشرة، وبالمثل نجد أن المشتري يعيد بيعه إلى متصرف إليه آخر وهكذا دواليك. **والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بمدى انقسام هذه العلاقات المتوالية**. وأهمية هذا السؤال تتجلى في معرفة انعكاس فسخ أحد هذه البيوع على مجموع الروابط التجارية المتوالية.

ومما تجدر ملاحظته أن مشكلة تكييف المجموع من العقود لا تتعلق فقط بسلسلة البيوع، وإنما هذه الأخيرة هي التي جذبت الانتباه. فهذه المشكلة تخص النظرية العامة للعقد.

---

(١) انظر في ذلك

B. Teyssié, Les groupes de contrats. Thèse Montpellier, L.G.D.J. 1975, Préf. J.M. Mousseron.

(٢) انظر في تفصيل، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان منشأة المعارف ١٩٩١ ص ١٣١ وما بعدها. وبصفة خاصة ص ١٣٥، ١٣٦.

في فرنسا قد سادت خلال الخمس عشرة سنة الأخيرة فكرة مؤداها أن المجموع من العقود يسمح بالضرورة اعتبار المسؤولية التي تربط بين أعضاء المجموعة مسؤولية عقدية بالرغم من عدم تعامل أحدهم مع الآخر، وهذا ما أعلنته في شكل مبدأ عام الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية[1] لكن الجمعية العامة لمحكمة النقض بكامل هيئتها أوقفت هذا التطور[2]. لكن نطاق هذا القضاء الجديد يعتبر غير مؤكد. بالنسبة لسلسلة العقود المتضمنة عقداً ناقلاً Un contrat transtatif لأن الصفة العقدية لدعوى الضمان ستركز على الانتقال الضمني لها ولذلك يجب أن تحتفظ هذه الدعوى بصفتها العقدية[3].

ـ العقود المشتركة Cocontrats، والتعاقد من الباطن Sous-contrat :

يجب ابتداء التمييز بين العقود المشتركة والتعاقد من الباطن من ناحية والسلسلة من العقود من ناحية أخرى. ففي العقود المشتركة والتعاقد من الباطن يتدخل أكثر من شخص للمساهمة في نفس العقد فالأمر هنا لا يتعلق بتعدد العقود كما الحال هو بالنسبة لسلسلة العقود.

فبالنسبة للعقد المشترك نجد أن هناك أكثر من شخص يلتزمون بتنفيذ نفس العقد على قدم المساواة. فهنا نجد عدة مساهمين من أجل محل واحد، مثال ذلك أن يلتزم أكثر من مقاول بتنفيذ نفس العمل (مطار مثلاً) على قدم المساواة فكل منهم قد ارتبط مباشرة مع صاحب العمل. بطبيعة الحال ليس هناك ما يمنع أن يكون هناك ممثل لهم في العلاقة مع صاحب العمل يسمى عادة (Entreprise pilote)،

(١) انظر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 9 p. 20.

(٢) انظر

Assemblé plénière, 12 Juil. 1991, Besse, B.A.P. no 5; D. 91. 549; J.C.P. 91. II. 21743, note G. Viney; Rev trim Civ 91.750 note p. Jourdain, cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, no 9 p. 20 note 29.

(٣) انظر

Civ. 3,30 oct. 1991, Bul. III, no 251; «Le maître de l'ouvrage» dispoce contre le fabricant d'une action contractuelle directe, laquelle est fondé sur le contrat de vente conclu entre ce fabricecnt et le vendeur intermédiaire.

بالنسبة للتعاقد من الباطن فإنه اتفاق يحل بمقتضاه شخص معين محل أحد أطراف عقد رئيسي أو أساسي في تنفيذ هذا العقد الأخير. مثل ذلك الوكالة من الباطن، الإيجار من الباطن، المقاولة من الباطن. فمثلاً في هذا العقد الأخير نجد أن المقاول الأصلي يلجأ إلى مقاول آخر ليحل محله، كلياً أو جزئياً، في تنفيذ العمل الموكول إليه، بشرط ألا يكون شخصه محل اعتبار لدى صاحب العمل بطبيعة الحال.

ـ بصدد المجموع من العقود نجد أن التكييف يكون توزيعياً حيث إنه يوجد عدة عقود مختلفة، بمعنى أن يقوم القاضي بتكييف كل عقد على حدة، ومع ذلك هناك بعض المراكز التعاقدية التي تثير صعوبة في التكييف، مثل ذلك البيع الإيجاري، أو بيع شيء معين تحت التصنيع أو التشييد، أو الهبة مع التكليف، إذ في كل هذه الصور يمكن أن نتردد بين عدة طرق، حيث إن الأمر يتوقف على معرفة ما إذا كان العقد (عقداً مركباً) أي عقداً واحداً أم أن الأمر يتعلق بمجموعة من العقود المتميزة.

جـ ـ كيف تواجه مشكلة التكييف؟

تبدأ عملية التكييف باتفاق معين أبرمه الأطراف وثار بصدده نزاع وعرض على القضاء. القاضي عندما يقوم بالتكييف، وهو من المسائل القانونية، لا يلتزم بطبيعة الحال بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان لاتفاقهم. ولكن يبدأ القاضي بالنظر إلى العملية القانونية والغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان من ورائها. ثم يطابق ذلك مع أحد النماذج الواردة في قانون العقود المسماة، فإذا كان هناك تطابق بين اتفاق الأطراف وهذا الأنموذج طبق القاضي الأحكام الخاصة بهذا العقد المسمى.

والقاضي يستهدي بطبيعة الحال بالالتزام المميز للاتفاق المبرم. لكن يجب أن يتحرز القاضي في هذا الصدد. فمثلاً يجب ألا يأخذ في عين الاعتبار فقط الالتزام النقدي، لأنه بطبيعته ليس له دلالة خاصة، فهناك كثير من العقود (البيع، الإيجار، التأمين، عقد النقل.. الخ) يلتزم فيها أحد الأطراف بدفع مبلغ من النقود. لذلك فإن النقود أو الطابع النقدي لالتزام أحد الأطراف لا تكفي للتمييز بين هذه العقود. مع ذلك فإن الالتزام النقدي يمكن أن يلعب دوراً في التكييف

بطريقة سلبية وأولية، وذلك عندما يتعلق بعنصر أساسي أو جوهري لوجود عقد معين، فمثلاً لا يوجد بيع دون ثمن.

وعلى ضوء الصور السابق عرضها فإن القاضي قد يصل إلى أحد حلول أربعة:

١ ـ إما تكييف حصري، وذلك عندما يتعلق الأمر بعقد مركب.

٢ ـ تكييف توزيعي، وذلك عندما يتعلق الأمر بمجموعة من العقود.

٣ ـ تكييف غير دقيق.

٤ ـ أو يرفض إعطاء تكييف للاتفاق(١).

(١) التكييف الحصري Qualification exclusive:

عندما يتعلق الأمر بعقد مركب فإنه لا يكون له إلا طبيعة واحدة، ولذلك يكون التكييف حصرياً. وفي هذه الحالة القاضي قد يستمد طبيعته القانونية من مكوناته الرئيسية، أو قد يعطيه، وهذا نادراً، طبيعة جديدة مختلفة عن مكوناته:

ـ فقد يلجأ القاضي إلى فكرة الأصل والفرع Principal et Accessoire. فالعقد المركب له بصفة عامة نفس الطبيعة التي لعنصره الأساسي؛ القاضي يطبق هنا إذاً قاعدة الفرع يتبع الأصل Accessorium sequiter principale (l'accessoire suit le principal) فمثلاً إذا كان العقد يمزج بين البيع والإيجار وكان يشكل بصفة أساسية بيع فإن القاضي سيخضعه كلية لنظام عقد البيع بالرغم مما اصطبغ به من إيجار(٢).

---

(١) انظر في تفصيل ذلك

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 11 et S.P. 21 et s. F. collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no 25 p. 24; V° aussi X. Henry, La technique des qualifications contractuelles thèse, Nancy 1992, cité par F. collart Dutilleul, Ph. Delebecque, note 2 p. 24.

(٢) هناك مثال عملي من القانون الفرنسي فمثلاً نجد أن قانون ٣ يناير ١٩٦٧ والخاص ببيع العقارات تحت التشييد لا يتضمن قواعد آمرة إلا بالنسبة للقطاع المراد حمايته، كالعقارات المخصصة للسكنى، أو المخصصة للاستعمال المهني والسكني (المادة ل ٢٦١/ ١٠ من تقنين البناء والإسكان) فقد عرض على القضاء الفرنسي عقد بيع عقار تحت التشييد خاص ببناء محطة بنزين (وهذا مكان تجاري) وسكن لعمال المحطة، =

وكذلك الحال بالنسبة للقسمة بمعدل فإن الأمر يتوقف على أهمية وطبيعة المعدل للبت فيما إذا كان بيعاً أو قسمة[1]. ويصدق الأمر بالنسبة لعقد نقل الأثاث Le contrat de déménagement الذي يتضمن في نفس الوقت عقد نقل وعقد مقاولة، فالفيصل في ذلك الأهمية النسبية المتبادلة لكل من عملية النقل، وعملية حزم الأثاث وتنزيله وشحنه، أي العمل الذي يمثل عقد مقاولة.

ـ وقد يضطر القاضي إلى إضفاء طبيعة جديدة على العقد المركب خاصة إذا كان هذا العقد له طبيعة مختلفة عن طبيعة مكوناته. فالقاضي هنا يكف عن البحث عن العنصر الرئيسي في العقد حيث بدا أمامه من هذا المركب عقد جديد. فمثلاً في أوائل الستينات ظهر عقد الليسنج Leasing في أوربا[2]. وهذا العقد في حقيقته عملية تمويلية ولكنه يتم بوسائل قانونية تقليدية حيث إنه يستمد خصائصه من عدة صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون عقداً آخر مختلفاً عن مفردات هذه الصيغة الجمعية[3] وظهر هذا العقد كعقد غير مسمى ذا طبيعة خاصة ثم بعد ذلك أعطى اسم Crédit-bail وخص بنظام قانوني خاص به.

(٢) ـ التكييف التوزيعي Qualification distributive[4]:

هذا النوع من التكييف يكشف عن مدى نسبية قانون العقود المسماة. هذا التوزيع يمكن أن يتم بإحدى طريقتين: إما أن يخضع كل عنصر من عناصر العقد في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة[5] وهذه التجزئة للعقد تفترض أنها قد تمت

= قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم قاضي الموضوع الذي قرر أن السكن ليس إلا فرع يتبع المكان التجاري وبالتالي البيع في مجموعه لا يخضع لقانون ١٩٦٧.

Civ. 3, 15 fév, 1978, Bull. III, no 84; J.C.P. 79, II. 19090, note. S. Galle.

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٢) انظر

M. Giavanoli, le crédit-bail (leasing) en Europe; développement et nature juridique, Thèse. Lausanne, Litec 1980, Pref. J. Hémard.

(٣) انظر نبيل سعد الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف ١٩٩٠ (حائز على جائزة الدولة التشجيعية ١٩٩٣) ص ٢١٧ وما بعدها.

(٤) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 14, p. 22.

(٥) مثال ذلك العقد الذي يمزج بين البيع والمقاولة، فالبائع يلتزم بتسلم الشيء المبيع (بيع)=

بناء على إرادة الأطراف أو نص القانون. وإما أن يخضع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة وخاصة إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ. مثال ذلك في بيع عقار تحت التشييد نجد أن العقد يتبع لعقد المقاولة طالما أن التشييد لم يتم بعد، ثم يتبع البيع بعد ذلك[1].

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن التكييف لا يمكن بحال أن يكون جمعياً Cumulative. بمعنى أن عقد معين لا يمكن أن يكون بصدد نفس القاعدة القانونية عقد بيع وعقد هبة في نفس الوقت. لكن من الممكن أن يخضع لنوع معين من العقود بصدد بعض القواعد (مثال ذلك عقد بيع بصدد القواعد الشكلية) ويكون في نفس الوقت نوع آخر من العقود بصدد قواعد أخرى (بأن يكون عقد هبة بصدد القواعد الموضوعية) وهذا ما نصادفه في الهبة المستترة.

(٣) ـ التكييف غير الدقيق Qualification inexacte:

يجب أن يترجم التكييف القصد المشترك للمعاقدين. فحتى يستطيع القاضي أن يكيف عقد بعينه، يجب أن يستخلص من إرادة المتعاقدين حقيقة الغرض المقصود من التعاقد، والغرض الذي يجب التعرف عليه هو الغرض العملي الذي يستخلص من مجموع ظروف التعاقد[2] لكن هذا التكييف قد يكون في بعض الأحيان غير دقيق، إما بفعل المتعاقدين (وفي هذه الحالة يجب تقويمه)، وإما بفعل القاضي، أو بفعل المشرع.

في الغالب يعطي الأطراف وصف غير دقيق لعقدهم، حيث إن الاسم المستعمل لا يترجم في الواقع اقتصاديات العقد المبرم. هذا التكييف غير الدقيق قد يرجع في بعض الأحيان إلى الجهل بحقائق الأشياء، وفي أحيان أخرى قد يكون

= ويقوم بتنفيذ عمل معين لحساب المتصرف إليه (مقاولة) كشخص يشتري قطعة قماش صوف ويلتزم البائع في نفس الوقت بتفصيلها حلة له. في هذه الحالة التزامات البائع تخضع لأحكام عقد البيع، والتزامات المقاول أو الصانع ـ البائع تخضع لأحكام عقد المقاولة.

(١) انظر

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 77 p. 65 et notam. note 51.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٦.

عمدياً، حيث يريد الأطراف التحايل على قاعدة قانونية آمرة، وبصفة خاصة القواعد الضريبية. ففي فرنسا من أجل الإفلات من الضرائب المقررة في حالة الهبة يقوم الأطراف بستر عقد الهبة بعقد بيع. وقد يتواطأ الطرفان على إبرام عقد بيع تحت ستار عقد هبة لمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة. في كل هذه الحالات يعتبر التكييف تدليسياً، قصد به التحايل على القانون، لذلك فإن المحاكم لا تتقيد بهذا الوصف الذي أعطاه الأطراف لاتفاقهم وتستطيع دائماً أن تعطي التكييف الصحيح للاتفاقات التي تعرض عليها.

ولكن يجب التفرقة في هذا الصدد بين الحالتين: حيث إنه في الحالة الأولى عندما يعطي المتعاقدان وصفاً للعقد لا يتفق مع حقيقته نتيجة جهل أو غلط فإن الأمر يتعلق بتكييف غير صحيح للعقد وفي هذه الحالة يجب على القاضي إعطاء العقد الوصف الصحيح بغض النظر عن موقف الخصوم، وذلك لأن التكييف يعتبر مسألة قانونية ينبغي على القاضي التصدي لها من تلقاء نفسه.

أما في الحالة الثانية والتي يعطي فيها المتعاقدان عمداً وصف لعقدهم بقصد التحايل على القانون، فإذا كان هذا التحايل يشكل صورية، بأن يكون هناك عقدان عقداً حقيقياً وعقداً ظاهراً فموقف القاضي في هذه الحالة سيختلف إذ لا يجوز له أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد أن يكون قد أثبت وجود هذا العقد. ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، بينما يخضع تكييف القاضي للعقد لرقابة هذه المحكمة[1].

ب- في بعض الأحيان قد يعطى القاضي للعقد وصفاً غير دقيق بالرغم من عدم فائدة ذلك.

فقد جرى القضاء الفرنسي لزمن طويل على إعطاء عقد الخزينة Le contrat de coffre-fort وصف عقد الإيجار[2] بدون فائدة، ثم عدل بعد ذلك عن هذا الوصف

---

(١) انظر إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، ص ١١، ١٢، سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 17 p. 24.

وتم إعطاؤه وصف عقد الحراسة Contrat de garde[1] وفي بعض الأحيان يعطى القضاء للعقد وصف غير دقيق من أجل إخضاعه لنظام قانوني معين. وبذلك يكون النظام القانوني للعقد يختلف عن طبيعته القانونية. مثال ذلك العقد المبرم مع وكالة للسفر Le contrat d'agence de voyage، فقد وصفه القضاء في بعض الأحيان بأنه عقد مقاولة[2] وفي أحيان أخرى وصفه بأنه وكالة[3] أو حتى عقد نقل[4]. الالتزامات في كل هذه الحالات ليست نفس الشيء، لكن مهما كان التكييف فإن النتيجة واحدة بالنسبة لمسؤولية وكالة السفر.

قد يعطي القاضي للعقد وصفاً تقريبياً أو متردداً. ويحدث ذلك بصفة خاصة عندما يغير الأطراف العنصر الرئيسي للعقد المسمى. مثال ذلك بصدد العارية وهي بحسب الأصل من عقود التبرع، فعندما يحدث تغيير للصفة المجانية لسبب أو لآخر فإن المحاكم تكيفه في بعض الأحيان بعقد العارية بالرغم من أن نظامه القانوني قد تحور قليلاً، وفي أحيان أخرى تعتبره المحاكم عقد غير مسمى قريب من العارية[5] وبالمثل بالنسبة لعقد النقل (وهو بطبيعته من عقود المعاوضة) وذلك عندما يتم على وجه التفضل أو المصلحة بالرغم من أن ذلك لا يصل لدرجة المقابل، وبالنسبة لعقد الإيجار (حيث الأجرة النقدية عنصر أساسي) عندما يتم بمقابل عيني.

ـ المشرع نفسه قد يعطي وصفاً دقيقاً لعقد من العقود. عدم الدقة قد تكون بدون فائدة وقد يكون عن قصد. فمثلاً في فرنسا اعتبر المشرع اتفاق المساعدة الزراعية المتبادلة La convention d'entraide agricole من عقود التبرع (قانون ٨ أغسطس ١٩٦٢ المادة ٢٠) وهذا غير دقيق بطبيعة الحال لأنه في هذا الاتفاق توجد التزامات متقابلة ولا توجد نية التبرع. وإنما اكتفى المشرع بتخلف المقابل النقدي

(١) Ibid, no 868 p. 485.

(٢) Civ.I, 31 mai 1978, B.I, no 210, D.79.48 note Faulon - liganiol.

(٣) Civ. 1,5 Jeinv 1961 aff du taxi de Rio, Bull. I, no 7, D.61.340.

(٤) Paris, 12 déc 1952, J.C.P.53. II. 7650, note. de Juglart

وانظر بصفة عامة في هذا الموضوع

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 17 p. 24, no 714, p. 405.

(٥) انظر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 17, p. 24.

أو العيني ليعتبره كذلك[1] قد تعمد المشرع أن يعطي عقد بيع عقار تحت التشييد صفة عقد البيع بالرغم من أن القواعد التي تحكمه تمزج بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة (قانون ٣ يناير، ٧ يوليو ١٩٦٧)[2].

٤ - رفض التكييف: العقد ذو الطبيعة الخاصة Contrat sui generis:

في بعض الأحيان نجد أن خصوصية عقد ما لا تمنع فقط تصنيفه ضمن أي من العقود المسماة وإنما أيضاً تمنع خضوعه تماماً لأي من أنظمة العقود الخاصة. وهذا ما نسميه في بعض الأحيان بالعقد ذو الطبيعة الخاصة لكن يجب ألا يتم اللجوء إلى رفض التكييف إلا على سبيل الاحتياط، عندما يستحيل فعلاً إدخال العقد في أي من الطوائف الموجودة من قبل.

وعلى ذلك فإن فكرة العقد ذو الطبيعة الخاصة لها معنى سلبي، بمعنى أن هذا العقد ليس من العقود المسماة. وهذه الفكرة تلعب دوراً سلبياً أيضاً حيث أنها تجعل اتفاق يفلت من النظام القانوني لأحد العقود المسماة، وبصفة خاصة إذا كان هذا النظام له طابع آمر[3].

ثانياً - مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة:

مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة لا تقف فحسب عند التشريع وإنما تمتد لتشمل أيضاً ما جرى عليه العمل في التعاقد.

١ - التشريع:

في هذا الصدد الأمر لا يقف عند التشريع بالمعنى الفني وإنما يمتد ليشمل اللوائح وأيضاً ما تصدره بعض السلطات الإدارية المستقلة كمظهر جديد لتدخل الدولة في مجال العقود في الدول المتقدمة.

(١) Ibid, no 18 p. 24.
(٢) Ibid, no 18 p. 24 et no 77 p. 65.
(٣) انظر في تفصيل أكثر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 19 p. 25.

أ - التشريعات واللوائح :

إن الأهمية النسبية للطابع الآمر أو المكمل أو التفسيري للقواعد القانونية الخاصة بالعقود المسماة في تغير مستمر بحسب الأزمنة، مما أضفى طابعاً هاماً على عملية تكييف العقود.

• ففي التقنين المدني نجد أن الطابع العام لقواعده كان وما زال هو الطابع المكمل أو التفسيري. بمعنى أن هذه القواعد تكون واجبة التطبيق طالما أن الأطراف لم يتفقوا على استبعادها.

• أما في التشريعات المعاصرة. المتعلقة بالعقود المسماة فإن قواعدها لا تتسم بالطابع الآمر، كما أنها مع ذلك ليس لها الطابع المكمل أو التفسيري. هذه القواعد تهدف في الواقع إلى التوجيه أو الحث. فهذه القواعد لها هدف معين وهو محاولة تبديد عدم التيقن الذي قد يسود العمل، والذي يعتبر مصدراً لعدم الأمان. فمثلاً بالنسبة لقانون ٢ يوليو ١٩٦٦ والخاص بالإيجار الائتماني أو التمويلي في فرنسا فإنه من الممكن الاتفاق على إيجار ائتماني لا يدخل في النطاق المحدد بالقانون، كأن يكون محله متعلق بأموال ليس لها طابع مهني، كما هو الحال بالنسبة للسيارة المخصصة للأغراض الشخصية والعائلية، وهو ما يحدث كثيراً في العمل. هذا العقد يعتبر صحيحاً بالرغم من أنه غير خاضع لقانون ١٩٦٦ ولا يستفيد بالتبعية من المزايا الضريبية[١].

• أما بالنسبة لمعظم القواعد القانونية الحديثة فإن لها طابع آمر، سواء لأنها تحكم كلية العقد (مثل الإيجار الزراعي، أو إيجار المساكن)، أو لأنها تحكم فقط بعض العناصر (مثل التشريعات الحمائية للمستهلكين)[٢]. فقانون العقود المسماة أصبح خليطاً غير مستقر من الحرية والتوجيه والحماية. فالقواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام الاقتصادي، في طريقه للاختفاء حالياً، والنظام العام الاجتماعي. هذه التشريعات ما زالت خارج نطاق التقنين المدني. كما أن هذه التشريعات تتسم

(١) انظر في مصر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ والخاص بالتأجير التمويلي.

(٢) F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 11 p. 13.

بتضمنها لجزاءات جنائية[1].

تخضع العقود المسماة إذاً لمصادر جديدة للقانون. فإلى جانب «القانون التقليدي» (القانون المدني مكملاً بالقانون التجاري، القانون الزراعي، والقانون الجنائي) قد ظهر منذ زمن قريب في أوربا وبصفة خاصة في فرنسا «قانون اقتصادي» (قانون المستهلكين، وقانون المنافسة). هذا القانون الأخير لا يشكل كلاً متجانساً، كما أنه يستخدم في بعض الأحيان مصطلحات غير محددة[2] وغالباً ما تتعارض مع القواعد التقليدية، بسبب ما ترمي إلى تحقيقه من أهداف اجتماعية واقتصادية[3].

ـ أثر التشريعات الحمائية على أحكام العقود المسماة:

في الواقع إن أحكام قانون العقود المسماة قد تأثرت بعمق نتيجة إصدار سلسلة من التشريعات الحمائية للمستهلكين. هذا التحول الذي حدث قد تم خارج نطاق التقنين المدني[4] الذي احتفظت نصوصه ـ على الأقل بالنسبة للأساسي منها ـ ببقائها على حالها من الناحية الرسمية. لكن هذا ليس إلا مظهراً خادعاً. فالقاضي عند تطبيق القانون سيضطر إلى تفسير النصوص الواجبة التطبيق، فمثلاً بصدد عقد البيع يجب على القاضي إعطاء التزامات البائع المهني كامل آثارها المنصوص عليها، فأصبح على البائع المهني حالياً التزام بالتبصير والنصح، كما أن ضمان العيوب الخفية اتسع نطاقه، وكذلك الالتزام بالتسليم، وأيضاً أصبح محظوراً عليه تضمين العقود شروطاً معفية من المسؤولية[5].

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 21, p. 27.

(٢) قد صدر في فرنسا تقنين الاستهلاك Le code de la consommation في عام ١٩٩٣، ومع ذلك نجد أن قانون المستهلكين وكذلك قانون المنافسة يصعب في الواقع تقنينهما لأن أي منهما يرتبط بشدة بالظروف ولا يمكن أن يتم إلا بحسب المناسبة وهذا ما يفسر عدم تجانسه وعدم استقراره.

(٣) انظر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٩٣ وما بعدها.

(٤) مع العلم بأن التشريع الخاص ببيع العقار تحت الانشاء قد أدمج جزئياً في التقنين المدني الفرنسي عن طريق إضافة نصوص جديدة: ١٦٠١ـ١ إلى ١٦٠١ـ٤.

(٥) انظر في تفصيل ذلك

=J. Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec 1987,

السلطات الإدارية المستقلة :

تلعب هذه السلطات اليوم دوراً هاماً في إنشاء الضوابط القانونية، وقد أخذت مكان كل من التشريع واللائحة، لا يتعلق الأمر بطائفة متجانسة من أشخاص السلطة العامة، ولكن يتعلق الأمر بمنظمات مختلفة، تأخذ شكل المجالس أو اللجان أنشأتها التشريعات الحديثة في فرنسا: كلجنة عمليات البورصة Commission des opérations de bourse) وتختصر بـ C.O.B) واللجنة القومية للمعلوماتية والحريات (Commission nationale de l'informatique et des libertés وتختصر بالأحرف الآتية .C.N.I.L) ولجنة التنظيم البنكي (Comité de la réglementation bancaire) ومجلس المنافسة (Conseil de la concurrence) وغير ذلك من اللجان والمجالس.

وتكوين هذه المنظمات متنوع: قد تكون مستقلة أو غير مستقلة عن الحكومة والأغلبية البرلمانية، وقد تشكل فقط من موظفين، أو من ممثلين متعددين (ممثلين للإدارة، وممثلين للمهنة محل الاعتبار، وأعضاء من القضاء...)، وكذلك الحال بالنسبة للاختصاصات الممنوحة لها.

هذه السلطات الإدارية المستقلة تمثل طريقة جديدة لتدخل الدولة في المجالات الفنية[1]. بعض هذه السلطات، مثل لجنة عمليات البورصة، ومجلس المنافسة، تمثل مصدر حقيقي لقانون العقود المسماة. فهذه السلطات ليست مكلفة فحسب بالسهر على ما يجري عليه العمل، بتقويمه، ومجازاته وتقديم المشورة للسلطة اللائحية، ولكن أيضاً بإعداد التنظيم اللازم والعمل على احترامه. وعلى ذلك فإنها يمكن أن تكون مصدراً للقانون، سواء بطريقة غير مباشرة وذلك بما لهما من سلطات في الحكم على ما يجري عليه العمل في التعاقد أو بحظره كلية (مثال ذلك مجلس المنافسة: الأمر الصادر في ١/١٢/١٩٨٦ والمعدل للمادة ٧-٢٧)

Vº aussi F. Collart Dutilleul, Ph. Delepècque, op.cit, no 207, p. 171 et s. =

(١) انظر

J. Chevallier, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, J.C.P. 1986.

I. 3254; C.A. Colliard et G.Timsit, sous la direct, de, les autorités administratives indépendantes; P.U.F. 1988.

وبالتالي إنشاء قضاء حقيقي في المسألة[1]. أو بطريقة مباشرة وذلك بنشر قواعد قانونية عامة ومجردة (C.O.B)[2].

٢ - ما يجري عليه العمل في التعاقد[3] Lex mercatoria :

في الواقع إن التشريعات التي تصدر في مجال العقود تقر في الغالب ما استقر عليه العمل في مجال التعاقد من قبل خاصة من جانب الممارسين أو المنظمات المهنية فقد تكون هناك شكليات معينة (كما هو الحال بالنسبة لشكليات كتاب العدل أو الموثقين)، أو عقود نموذجية Contrats-types، أو شروط عامة دارجة في مجال البيع، أو وثائق التأمين الدارجة وغير ذلك ولذلك يجري العمل على أن المتعاقدين لا يفعلون أكثر من استعمال هذه النماذج الشائعة حتى ولو كانت تستعمل مصطلحات غير دقيقة أو غير مألوفة.

هذا المصدر يشكل أهم المصادر الحية لقانون العقود المسماة بالرغم من أنه لم يلقَ اهتماماً كبيراً من جانب الفقه.

ثالثاً ـ نطاق الدراسة :

يجب أن نقرر ابتداءً أن دراستنا هنا ستقتصر على بعض العقود المسماة فقط، البيع، والإيجار، وذلك لعدة أسباب:

أولها: أن لائحة كليات الحقوق قد اختارت هذه العقود المسماة باعتبارها من أهمها.

---

(١) في الواقع هذه السلطات ستؤدي إلى اضطراب في التدرج التقليدي لمصادر القانون، علاوة على ذلك فإن اهتمامات هذه السلطات تكون من حيث المبدأ اهتمامات اقتصادية أو مالية. وعلى ذلك نجد أن عقداً، صحيح طبقاً لقواعد القانون المدني، يمكن أن يشكل تقييداً للمنافسة وبالتالي يستطيع مجلس المنافسة أن يأمر بإنهائه.

(٢) لجنة الشروط التعسفية La commission des clauses abusives ليس لها إلا دور إرشادي، والعديد من توصياتها لم يكن لها أي صدى يذكر.

(٣) انظر

Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Trav. Assoc.H. Capitant, Journées suisses 1983, Economica, 1985; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit, no 13 p. 14, Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 26, p. 29 et s.

ثانيها: أن العرف جرى في كلية الحقوق على تدريس هذه العقود منذ زمن طويل.

ثالثها: أن هناك بعض العقود المدنية أصبح لها طابعاً مميزاً لدرجة أنها استقلت بقانون خاص بها يخرجها تقريباً وبصفة كلية من نطاق الشريعة العامة، من ذلك مثلاً عقد الزواج، والشركات، وعقد العمل، وعقد النشر، وعقود التأمين وغير ذلك من العقود مما يلزم معه أن تكرس لهم دراسة مستقلة[1] ولكن إذا كان هناك عقود تقليدية قد خرجت عن نطاق دراسة قانون العقود المسماة، فإن هناك عقود جديدة دخلت نطاق هذا القانون، كعقد الإيجار التمويلي، وعقد البيع الإيجاري، وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع، وعقد إيجار الأشغال - Loacation accession) فقانون العقود المسماة في حالة تجدد مستمر[2].

كما أنه مما تجدر ملاحظته أن النظرية العامة للعقد لا تطبق على العقود الإدارية، والعقود التجارية وعقود العمل إلا في حالة عدم وجود نص خاص بهذه العقود كما سبق أن رأينا.

خطة الدراسة:

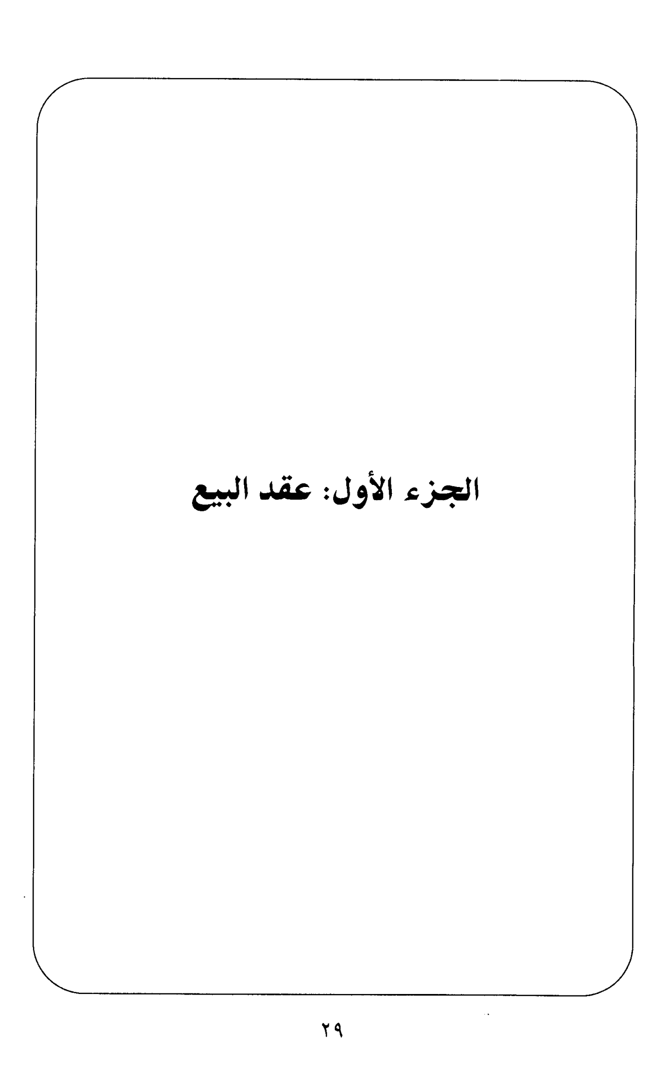
تنقسم هذه الدراسة إلى جزءين ندرس في الجزء الأول: عقد البيع، وفي الجزء الثاني عقد الإيجار.

---

(١) F. collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 15 p. 15 et s.

(٢) انظر دراسة تفصيلية قيمة لتطور العقود المسماة

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 232 et s, p. 34 et s.



الجزء الأول: عقد البيع

البيع أهم العقود المسماة:

منذ أن عاش الإنسان في جماعة قد ظهرت الحاجة ماسة إلى تبادل السلع والخدمات ولذلك أول ما تبادر إلى ذهن الإنسان كوسيلة لتبادل الأموال كانت المقايضة. فالمقايضة ليست إلا مبادلة سلعة بسلعة أخرى. فكان المرء يقوم بمبادلة ما يفيض عن حاجته بما هو في حاجة إليه لدى الآخرين.

لكن ما لبث أن ظهر قصور هذه الوسيلة عن تلبية كل الحاجات، خاصة عندما تعقدت الحياة وزادت مطالب الناس، فلم يكن من السهل دائماً إيجاد التوافق بين رغبات المقايضين وحاجاتهم. وعندما ظهرت النقود كمقياس للقيمة لتلبي هذه الحاجات ظهرت معها فكرة البيع[1].

ولذلك قد شاع البيع وانتشر وذلك لسهولته واستجابته للحاجات المتعددة والمتجددة في الوقت الذي تضاءلت فيه أهمية المقايضة وبالتالي ندر الالتجاء إليها.

وإذا كانت القواعد المنظمة لعقد البيع تعتبر قواعد خاصة بالنسبة للنظرية العامة للالتزامات فإنها تعتبر قواعد عامة تحكم كل أنواع البيوع، مدنية كانت أو تجارية، عقارية أو منقولة. فهي تعتبر الشريعة العامة لعقد البيع أياً كان محله وأياً كان وصفه، بل وفي بعض الأحيان يحيل إليها المشرع بالنسبة لبعض المسماة الأخرى عندما تتشابه الالتزامات فيها مع التزامات عقد البيع.

خطة الدراسة:

نستهل دراسة هذا الجزء بفصل تمهيدي يكرس للتعريف بعقد البيع، ثم بعد ذلك نقسم دراستنا إلى قسمين، القسم الأول، يتعلق بانعقاد عقد البيع، والقسم الثاني، يتعلق بآثار عقد البيع. ولنرَ كل ذلك بشيء من التفصيل.

(١) J. Huet, op.cit, no 110^2, p. 36.

فصل تمهيدي: التعريف بعقد البيع

وفي هذا الفصل سنعرض في مبحث أول، لنظرة أولية على عقد البيع، ثم بعد ذلك نخصص المبحث الثاني، لتمييزه عن غيره من العقود التي قد تشتبه به.

المبحث الأول: نظرة أولية على عقد البيع

من خلال هذه النظرة العامة نستطيع أن نقف على تطور عقد البيع، ثم نحدد مصادره، وأخيراً نبين خصائصه المميزة.

أولاً ـ تطوره[1]:

وهنا سنعطي نبذة تاريخية عن تطور عقد البيع.

سبق أن رأينا العلاقة بين البيع والمقايضة وبالتالي كيفية ظهور عقد البيع، ثم تطور البيع بعد ذلك من البيع الفوري، إلى البيع بأجل، وهكذا دواليك. ولذلك ينبغي أن نتعقب باختصار مراحل تطوره التاريخي.

في القانون الروماني:

جعل القانون الروماني البيع أداة أساسية في التبادل الاقتصادي ومع ذلك فإن الرومان لم يحسموا كل المشاكل العالقة والخاصة بعقد البيع. وسوف نلقي نظرة سريعة على مراحل التطور التي مر بها عقد البيع من القانون الروماني.

---

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة

J. Ghestin et B. Desché, La vente. L.G.D.J, 1992, Rep. Civ, 1995 V° vente, par O. Barret; Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 61, p. 54 et s.
F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 36 p. 33.

- كان البيع في القانون الروماني من عقود التراضي، بالرغم من الاستثناءات المتزايدة على ذلك، بمعنى أنه يكفي لإبرام العقد مجرد التراضي. ويبدو أن عقد البيع كان في الأصل عقداً عينياً، لا يتم إلا بتسليم الشيء للمشتري.

- وقد كان البيع ملزماً، حيث كان ينشأ عنه دعاوى، ولكنه مع ذلك لم يكن ناقلاً للملكية، إذ هذا الأثر لا يترتب على مجرد العقد وإنما كان يفترض القيام بإجراء متميز عنه، كالإشهاد (Mancipatio)، أو التنازل القضائي (L'injure cessio وهي خصومة صورية)، أو التسليم La traditio كما أنه في عقد البيع النقدي، يبدو أن نقل الملكية كان يتوقف على عنصر آخر، وهو دفع الثمن. في القانون الفرنسي، هاتان القاعدتان لا وجود لهما بصفة عامة، بالرغم من أن هناك اتجاه ينزع إلى العودة إلى القانون الروماني في هذا الصدد. على العكس من ذلك القانون الألماني، حيث ما زال يفصل بين البيع ونقل الملكية.

- كما أنه في القانون الروماني كانت تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري Res prite emptori. وقد انتهى القانون الفرنسي إلى نتيجة مماثلة وإن كان مع تعليل مختلف، حيث إن تبعة الهلاك في هذا القانون تقع على عاتق المالك Res perit domino.

- من حيث الضمانات نجد أن موظفي الدولة (Edile Curule) في روما لم يكن يبسط حماية على السفهاء (حيث إن البرتير لا يحمي من لم ينشغل بمصالحه) على ذلك فالبائع لم يكن يضمن العيوب الظاهرة، فعلى المشتري أن يتنبه لذلك. أما إذا كان البائع غير أمين نجد أن موظفي الدولة قد نظموا ضمان العيوب الخفية. في هذه الحالة المشتري يستطيع أن يحصل على دعوى فسخ البيع (L'action rédhibitire) أو على التعويض (L'action estimataire; actio quanti minoris) هذا الموضوع قد لحقه تطور كبير في القانون الفرنسي المعاصر.

- كما أن القانون الروماني في نهاية تطوره أعطى الحماية للصغار (les humiliors, les «petits») ضد الكبار (Potentiores, les «gros») في حالة الغبن في بيع عقار الصغير قرر القانون الروماني نقض البيع la rescision أو تكملة الثمن هذا هو نفس الحكم الذي تأخذ به القوانين الحديثة.

- وبالرغم من كل ذلك فإن البناء الروماني لم يتم بعد، حيث إن البيع طبقاً لهذا القانون كان يتكون من عملين متميزين، الشراء والبيع (emptio venditioque) ولم يصل إلى درجة التأكيد على تقابل الالتزامين، هذا ما وصل إليه القانون الفرنسي القديم.

في القانون الفرنسي القديم:

تطورت القواعد الأساسية للقانون الروماني في هذه الحقبة التاريخية تحت تأثير القانون الكنسي، والمبادىء الأخلاقية مما أدى إلى ظهور مبادىء جديدة، فتأكد بصفة نهائية التقابل بين الالتزامات المتبادلة في عقد البيع، وبالتالي ظهر بالتدريج الفسخ عند عدم التنفيذ حتى ولو لم يكن هناك شرطاً فاسخاً صريحاً، والدفع بعدم التنفيذ. كما أنه تحت تأثير كتاب العدل اتجه البيع بالتدريج نحو مبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد وذلك عن طريق الإدراج المنتظم للشروط المألوفة، كشرط التسليم الصوري La clause de dessaisin - saisine كما أن ضمانات البائع في حالة عدم الوفاء بالثمن قد تم تنظيمها اعتباراً من القرن السادس عشر بتقرير امتياز بائع العقار وامتياز بائع المنقول. وقد ظهرت فلسفة Saint Thomas d'Aquin المهتمة بالعدالة، فسادت نظرية الثمن العادل ولكنها اصطدمت بما جرى عليه العمل من الحرص على استقرار المعاملات، مما أدى إلى مناهضة المساس بالعقد، ونقض البيع للغبن.

في القانون الفرنسي الحديث[1]:

تأكد في قانون نابليون نقل الملكية بمجرد إبرام عقد البيع (م ١٥٨٣ مدني فرنسي) كما أنه قد قنن القواعد السابقة في نصوص صريحة.

هذه النصوص قد تعرضت لموجات من التطور. هذا التطور تحكمه جدلية معينة، فقد كانت السمة الغالبة على هذه النصوص طوال القرن التاسع عشر وفي النصف الأول من القرن العشرين هي الانشغال بحماية البائع، فانتشرت الشروط

(١) انظر بصفة خاصة

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 64, p. 55.

المعفية أو المقيدة لضمانات البائع، وبصفة خاصة ضمان الاستحقاق في بيع العقارات، وضمان العيوب الخفية في بيع المنقولات. كما أن هذا التطور أفرز العقود الأولية أو التمهيدية Les avants-contrats، كما أنه قد تعددت صور وأشكال البيع.

في النصف الثاني للقرن العشرين كان الانشغال أكثر بحماية المشتري، فحدث تحول في القضاء بصدد نقض عقد البيع للغبن، كما أنه قد حدث تطور في القضاء والتشريع بصدد عدم تحديد الثمن، وبطلان الشروط المخففة أو المعفية من الضمان خاصة في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، زيادة التزامات البائع المهني، الروابط الجديدة بين البيع والائتمان، وبصفة خاصة تبصير وحماية المستهلك.

كما أن البيع أصبح له طابعاً مميزاً عندما يتم للمستهلك، وبصفة خاصة عندما يكون محله منتجات ذات طابع استهلاكي واسع. في الواقع يعتبر البيع الحلقة النهائية لسلسلة عمليات اقتصادية تبدأ من المنتج إلى الموزع. ولذلك فكثير من البيوع ما يمثل جزء من هذا المجموع وما ترتب على ذلك من آثار.

علاوة على ذلك لم يعد البيع يمثل شأن خاص بين البائع والمشتري فحسب وإنما أصبح له فائدة اقتصادية تهتم بها الدولة. فمثلاً بصدد البيوع التجارية نجد أن تجميد الأسعار أو حرية المنافسة تتعاقب وفقاً للظروف الاقتصادية.

كما أن البيع لم يقف عند صورته التقليدية وإنما تنوع بشكل غير عادي وأصبح هناك صورة جديدة وكثيرة على نحو ما سنرى خلال دراستنا.

عقد البيع في القانون المصري والقانون اللبناني:

من أهم خصائص عقد البيع في التشريعات العربية عموماً هو أنه عقد ناقل للملكية. فقد نصت المادة ٢٣٥/ ٣٠٠ من التقنين المصري القديم على أن «البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما»[١]. ثم جاء نص المادة ٤١٨ من التقنين المدني

(١) وبذلك يكون التقنين المدني القديم قد تلافى النقد الموجه إلى تعريف القانون الفرنسي، =

الجديد ليؤكد ذلك بنصه على أن «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي».

ويتميز هذا التعريف بأنه أكثر انضباطاً، سواء من حيث الثمن إذ وصفه بأنه نقدي حتى يفرق بين البيع والمقايضة، سواء من حيث محل عقد البيع حيث إنه لم يعد قاصراً على نقل ملكية شيء مادي فحسب وإنما أصبح من الممكن أن يرد على أي حق مالي سواء كان هذا الحق حقاً عينياً أو حقاً شخصياً.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٧٢ موجبات وعقود على أن «البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ (بنقل أو بتنازل عن)[1] ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه».

وهذا التعريف أيضاً يبين أن عقد البيع عقد ناقل للملكية، ولكن قصر نقل الملكية على الشيء ولم يشر المشرع إلى نقل ملكية أي حق مالي آخر غير الملكية. ومع التسليم بأن هذا قصور في التعريف إلا أنه مع ذلك لا يمنع من أن البيع يمتد ليشمل كل حق مالي، سواء كان الحق حقاً عينياً، كحق الملكية ما يتفرع عنها من حقوق، أو حقاً شخصياً، كحوالة الحق، أو التنازل عن العقد. كما أن هذا التعريف لم يذكر بأن يكون الثمن نقدياً، ومع ذلك فإنه من المسلم به بأن الثمن لا بد أن يكون نقدياً حتى يتميز البيع عن المقايضة[2].

وبالنسبة للحركة التشريعية لحماية المستهلك وكذلك الدور القضائي الهام في تطبيق القواعد الخاصة بعقد البيع فإننا لم نلحظ شيء يذكر في البلدان العربية في هذا الصدد.

= بالنص صراحة على نقل الملكية في تعريف البيع، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤ ص ١٩.

(١) توفيق فرج، عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ٣٢ هامش ١.

(٢) انظر تعريف القانون العراقي، والذي اقتبسه من المجلة، حيث يعرف البيع بأنه «مبادلة مال بمال» م ٥٠٦، والقانون الأردني ينص في مادته ٤٦٥ على أن «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض».

ثانياً ـ مصادره:

إن مصادر القواعد التي تنظم عقد البيع قد تكون دولية وقد تكون داخلية، وبطبيعة الحال يعتبر المصدر الثاني أكثر أهمية من المصدر الأول.

١ ـ القواعد الدولية:

في عام ١٩٨٠ قد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I.) في فينا، اتفاقية دولية تتعلق بالبيع الدولي للبضائع (اتفاقية فينا في ١١ أبريل ١٩٨٠)[1]. وهذه الاتفاقية قد أخذت في انعقاد العقد بنظرية استلام القبول، كما أن موقفها من تحديد الثمن كان أكثر مرونة من موقف القوانين اللاتينية. وقد كانت نصوصها أكثر أصالة بالنسبة للالتزامات للبائع، فمثلاً تنص على أنه يجب على البائع أن يسلم البضائع طبقاً لما هو متفق عليه في العقد، هذا معناه أن الاتفاقية تجمع بين التزامه بالتسليم والتزامه بضمان العيوب الخفية[2].

القواعد القارية: القانون الأوروبي:

هذا القانون أصبح تدريجياً من أهم المصادر التي تنظم البيوع التجارية وذلك من أجل ضمان حرية المنافسة، وبصفة خاصة تحريم الأسعار المفروضة، وأيضاً بصدد المسؤولية عن الأشياء بالنسبة للمنتجات المعيبة، وما قد يترتب عليها من تداخل مع ضمان العيوب الخفية (أحد توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي في ٢٥/٧/١٩٨٥).

إلى جانب ذلك يوجد مصدر متجدد للقانون يحكم بصفة خاصة البيوع الدولية وهو يتمثل في «الشروط العامة للبيع» وهو يعتبر قانون موازي للتشريعات

(١) انظر

Ch. Mouly, que change la convention de vienne sur la vente internationale par rapport au droit français, D. 1991, Chr. 77.

J.P. Plantartd, un nouveau droit uniforme de la vente internationale, la convention des Nations-Unies du 11 avr. 1980, Clunet, 1988, 311, Cl. Witz, La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l'epreuve de la jurisprudence naissante, D. 1995; Chr 143.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 286, p. 192.

الداخلية للدول المختلفة وأكثر فاعلية منها. وهذا القانون يعد بطريقة عفوية عن طريق التجار، بصفة عامة عن طريق تجمعاتهم المهنية، وهو ما يسمى عادة بـ (La lex mercatoria) وهذا ما جرى عليه التعاقد الدولي والذي يجب أخذه في الاعتبار عند الدخول علاقات اقتصادية دولية.

٢ ـ القوانين الداخلية :

التقنينات :

نجد في هذا الصدد القواعد العامة في نظرية الالتزامات علاوة على القواعد الخاصة بالعقود المسماة :

ـ في القانون الفرنسي نجدها في الكتاب الثالث، في الباب السادس وتقع في المواد من ١٥٨٢ ـ ١٧٠١.

ـ في القانون المصري نجدها في القسم الأول، من الكتاب الثاني، الخاص بالعقود المسماة، وفي الباب الأول الخاص بالعقود التي تقع على الملكية، الفصل الأول، البيع بوجه عام وتقع في المواد من ٤١٨ ـ ٤٨١.

ـ في القانون اللبناني نجدها في القسم الثاني من الكتاب الأول، في البيع، وتقع في المواد من ٣٧٢ ـ ٤٩٨.

هذه القواعد ما زالت تشكل القانون السائد والمنظم لعقد البيع، وإنها لم تتعرض إلا لتعديلات تشريعية طفيفة.

ـ لكن في أوروبا، وفي فرنسا بالذات، نجد أن التشريعات الحديثة والتي لم تندمج في التقنين المدني، قد أوردت العديد من التعديلات، المباشرة وغير المباشرة، بالنسبة لبعض أنواع من البيوع، وغالباً ما تشمل نصوص تنظيمية تفصيلية ودقيقة، وأيضاً جزاءات جنائية. هذه التشريعات تعمل جاهدة على التوفيق بين المصالح المتعارضة : حماية المستهلك دون أن يصل إلى حد شل الدعاية والإعلان وخاصة إذا كانت تتضمن معلومات صحيحة، ضمان حرية المنافسة والروح التنافسية مع ضمان حماية صغار التجار في نفس الوقت.

في الواقع إن التشريعات الحمائية للمستهلك قد أدت إلى زعزعة بعض

الأسس التقليدية في القانون المدني وخاصة المتعلقة بإبرام عقد البيع وبعيوب الإرادة، والإيجاب والقبول، ومبدأ الرضائية، والعلاقة بين إبرام العقد وتنفيذه، ومبدأ استقلالية العقود (البيع والقرض) وغير ذلك الكثير[1] وهذا ما سنعرض له عند الكلام عن أركان عقد البيع.

القضـاء:

يلعب القضاء دوراً هاماً، وبصفة خاصة في دولة مثل فرنسا، بصدد تطبيق قواعد القانون الخاصة بعقد البيع على البيوع الفردية المتنوعة والمتعددة.

العـرف:

ويلعب العرف دوراً هاماً، وبصفة خاصة في البيوع التجارية، كمصدراً للقواعد القانونية المنظمة لعقد البيع. علاوة على ذلك نجد أن الشروط العامة للبيع تلعب أيضاً دوراً هاماً في هذا المجال وإن كان أقل بطبيعة الحال منه في مجال العلاقات الدولية[2].

في هـذا المجـال نجد أن دور القضـاء الإنشائي في الوطـن العربي محـدود للغاية. كما أن الحـركة التشريعية الحمـائية للمستهلك لـم تجد لها صـدى يذكر في الدول العربية. ناهيك عن دور العـرف المحـدود في مجـال العقود في هذه البلدان. وإذا كان ما جرى عليه العمل في مجال التعاقد له دور فإن ذلك يكون بشكل ملحوظ في مجال العلاقات الدولية والتي عادة ما يفرض فيها على دول العالم الثالث بصفة عامة القواعد والضوابط السائدة في دول العالم المتقدم.

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ٨٢ ـ ١٠٣.

(٢) انظر

P. Malinverni, Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales, Thèse Paris II, L.G.D.J, 1978, préf, J. Hémard;

J. Schmidt - Szalewski, conditions générales des contrats et contrats - type, Juris-classeur contrats - distribution fasc. 60, 1990.

في القانون الألماني انظر

D. Ben Abderrahman, Le droit allemand des conditions générales de contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes, Thèse Paris II, L.G.D.J. 1985, préf P. Pédamon.

ثالثاً ـ ماهيته وخصائصه:

تعريف عقد البيع:

عرّف المشرع البيع في المادة ٤١٨ مدني مصري بقوله أن «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٧٢ موجبات وعقود على أن «البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه».

ـ يتضح لنا من هذا التعريف أن العناصر المكونة للعقد، هي اتجاه الإرادة إلى أن ينقل البائع للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر باعتباره الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق البائع، وأن يكون نقل الحق في مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري باعتبار الالتزام الرئيسي المقابل للإلتزام الأول. والذي يقع على عاتق المشتري[1].

خصائصه:

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن القول بأن عقد البيع يتميز بأنه عقد رضائي، ملزم للجانبين، من عقود المعاوضة، محدد، ومن العقود الناقلة.

١ـ **عقد البيع، من حيث المبدأ، من العقود الرضائية**، فيكفي لإبرامه مجرد التراضي دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر. ويكفي أن ينصب التراضي فقط على العناصر الجوهرية، الشيء المبيع والثمن، أما المسائل التفصيلية فيحكمها القواعد المكملة، هذا ما لم يعلق الأطراف إبرام العقد على الاتفاق عليها، في هذه الحالة لا يبرم العقد إلا إذا تم الاتفاق على جميع المسائل.

٢ـ في بعض الدول، كفرنسا، نجد أن التشريعات الحديثة جعلت مبدأ الرضائية في مجال عقد البيع يتراجع في عدة حالات. ففي بعض أنواع من البيوع، فرض المشرع على البائع النص على بعض البيانات الإلزامية في العقد وذلك بقصد إعلام

---

(١) انظر

J. Huet, op.cit, no 11104 p. 45.

وتبصير المتصرف إليه (مثل ذلك بيع المحل التجاري، والبيع بالآجل. . الخ). وقد يضاف إلى هذا الاشتراط، على نحو استثنائي، محض، الرسمية (مثل ذلك بيع العقار تحت الانشاء الواقع في نطاق الحماية)[1].

٢ ـ عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين: وهذا يرجع إلى أنه ينشىء التزامات متقابلة على عاتق الطرفين. ويترتب على ذلك أنه في حالة عدم التنفيذ يطبق عليه القواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين، كالدفع بعدم التنفيذ، والفسخ القضائي، ونظرية تحمل التبعة.

٣ ـ عقد البيع من عقود المعاوضة، حيث إن كل متعاقد يتلقى مقابل لما يعطي. كما أنه لا يتضمن أي نية للتبرع. في بعض الأحيان عقد البيع قد يخفي هبة مستترة، حيث يكون المظهر الخارجي للتصرف أنه من عقود المعاوضة، ولكن من حيث الموضوع يشكل التصرف عقد من عقود التبرع. كما أن عقد البيع قد يشكل هبة غير مباشرة وذلك عندما يكون الثمن أقل بكثير من قيمة الشيء ويكون لدى البائع نية التبرع. والفائدة العملية للكشف عن حقيقة التصرف في هذه الحالات، خاصة إذا كان محله عقار، أنه لا يمكن نقضه للغبن، وإنما سيخضع للقواعد الموضوعية للهبة[2].

٤ ـ عقد البيع من العقود المحددة Un contrat commutatif: فالالتزامات المتقابلة للمتعاقدين محددة من حيث مقدارها ووجودها منذ إبرام العقد. ومع ذلك يمكن أن يكون لعقد البيع طبيعة احتمالية Un caractère aléatoire وذلك

(١) ويلاحظ أن هذه القواعد يجب أن تحترم وإلا يقع التصرف قابلاً للإبطال وذلك على خلاف ما هو مستقر تقليدياً من بطلان العقد بطلاناً مطلقاً عند تخلف الشكل المنصوص عليه في القانون. وذلك باستثناء الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد عندما يكون محله عقار معين (أو مال من الأموال التي شبهت به) حيث إن التصرف العرفي المتضمن له يجب، تحت طائلة البطلان، أن يكون محلاً لإجراء ضرائبي، وهو التسجيل، وهذا بطبيعة الحال على خلاف مبدأ الرضائية المعتاد.

(٢) انظر نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة، ١٩٩٥ ص ٦٦ وما بعدها.

عندما يتعلق بيع حق الانتفاع أو عندما يكون البيع في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة[1].

٥ ـ **عقد البيع من العقود الناقلة Un contrat translatif**: يعتبر البيع عقداً ناقلاً للملكية حتى إذا تأخر نقلها. وبذلك يختلف عقد البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً عن التصرف المنهي، كالوفاء بمقابل، بالرغم من تشابهه مع البيع، والتصرف المكون لمجموعة، كتقديم حصة في شركة، والتصرف المنشيء لحق عيني، كعقد الرهن، كما أن البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً يختلف عن التصرف الكاشف، كعقد الصلح وعقد القسمة.

وعقد البيع يعتبر تصرفاً ناقلاً لحق ملكية شيء أو أي حق مالي آخر، سواء كان هذا الحق حقاً عينياً، كالحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، أو حقاً شخصياً، كحوالة الحق إذا كانت بمقابل نقدي.

وعقد البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير بشرط أن يكون صادراً من غير مالك. كما أن البيع باعتباره تصرفاً ناقلاً للملكية لا ينتج أثره بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وذلك إذا كان محله حقاً عينياً أصلياً.

المبحث الثاني: تمييز عقد البيع عن غيره من العقود[2]

جوهر عقد البيع كأي عقد من العقود هو التراضي. هذا التراضي لا بد أن

---

(١) انظر
J. Huet, op.cit, no 11106 p. 48.
ويلاحظ أن عقد البيع ليس، كأصل عام، من العقود ذات الاعتبار الشخصي no 11107, p. 50.

(٢) انظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٧ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٨ وما بعدها، السنهوري، الوسيط، جـ ٤، فقرة ١١ ص ٢٣ وما بعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ٤٦ وما بعدها، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٢١ وما بعدها، رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية ص ٣٤ وما بعدها.

ينصب على عناصر خاصة به. هذه العناصر هي الثمن الواجب دفعه للبائع، والشيء المبيع الواجب نقل ملكيته إلى المشتري. وإذا ما ارتكزنا على هذه المحاور الثلاثة ١ ـ الثمن ٢ ـ الشيء المبيع ٣ ـ ونقل الملكية تستطيع أن نضع الخطوط الفاصلة بين عقد البيع وما قد يشتبه به من عقود[١].

أولاً ـ المحور الأول: الثمن:

هذا العنصر الأساسي المميز لعقد البيع وهو الذي يميزه عن غيره من التصرفات القانونية كالهبة، والمقايضة، وتقديم حصة في شركة، والوفاء بمقابل.

١ ـ البيع والهبة: وجه التشابه بينهما يكمن في أن كل منهما يعتبر من التصرفات الناقلة للملكية التي تتم بين الاحياء. لكن فيما وراء ذلك فإن الاختلاف بينهما كبير بقدر الاختلاف بين عقود المعاوضة وعقود التبرع[٢].

فالهبة عقد يتصرف الواهب بمقتضاه في مال له دون عوض مع اتجاه نيته إلى ذلك[٣]. فعقد الهبة، باعتباره من عقود المتبرع، يتميز بعنصرين أساسيين:

العنصر الأول: انعدام المقابل.

والعنصر الثاني: اتجاه نية الواهب إلى عدم تلقي مقابل لما يتصرف فيه وهذا ما يسمى بنية التبرع.

في المقابل نجد أن البيع يتم في مقابل ثمن.

وعلى ضوء ذلك يمكن أيضاً التمييز بين الهبة ولو اقترنت بتكليف وعقد البيع إذ سيبقى الفيصل هو نية التبرع. فطالما أن الواهب لم يتجرد عن نية التبرع وهو بصدد فرضه على الموهوب له هذا التكليف فإن العقد يحتفظ بطبيعته كعقد هبة. أما إذا سار الأمر على خلاف ذلك فإننا نكون بصدد عقد بيع. وكذلك الأمر إذا كان

---

(١) انظر

J. Huet, op.cit, no 11104 p. 45, A. Bénabent, op.cit, no 18, p. 17.

(٢) J. Huet, op.cit, no 1116, p. 61.

(٣) انظر نص المادة ٤٨٦ مدني مصري، المادة ٥٠٤ موجبات وعقود والتي تنص على أن «الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل».

التكليف مساوياً لقيمة المال الموهوب.

٢ ـ **البيع والمقايضة**: والمقايضة «عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود» (م ٤٨٢ مدني مصري)[1].

وتعتبر المقايضة تصرفاً ناقلاً أيضاً كعقد البيع ولكن الاختلاف بينهما يكمن في أن البيع يتم لقاء ثمن نقدي. والعبرة في تحديد طبيعة المقابل بالوقت الذي يتم فيه العقد. وعلى ذلك فإذا كان المقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية يسهل تحويلها إلى نقود فإن العقد يكون مقايضة لا بيع حيث إن المقابل وقت البيع لم يكن نقدياً[2] على العكس من ذلك يعتبر التصرف في شيء مقابل إيراد مرتب مدى الحياة بيعاً طالما أن هذا المقابل نقدي.

أما إذا كان المقابل في العقد شيء ومبلغ من النقود، فإن هذا العقد يحتفظ بوصفه كعقد مقايضة طالما أن المبلغ النقدي قليل القيمة بالنسبة إلى الشيء. أما إذا كان المبلغ النقدي بلغ حداً من الأهمية بحيث أصبح هو العنصر الغالب في المقابل كان العقد بيعاً. وفي ذلك تنص المادة ٤٨٣ مدني مصري على أنه «إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً».

٣ ـ **البيع وتقديم حصة في شركة**: وتقديم الحصة في شركة عقد بمقتضاه ينقل شريك ملكية مال معين إلى شركة معينة مقابل تمتعه بحقوق الشركاء. فالمقابل هنا ليس ثمن وبالتالي لا يعتبر بيعاً ولا يخضع لأحكامه ولذلك فإنه لا يمكن أن يطعن فيه بالغبن حتى ولو كان محله عقاراً معيناً، كما أنه لا تجوز فيه الشفعة.

٤ ـ **البيع والوفاء بمقابل**: الوفاء بمقابل سبب من أسباب انقضاء الالتزام ـ فهو تصرف منهي للالتزام ـ فالوفاء بمقابل هو قبول الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يستعيض به عن الشيء المستحق أصلاً (م ٣٥٠ مدني مصري، م ٣١٨ موجبات

(١) وتنص المادة ٤٩٩ موجبات وعقود على أن «المقايضة عقد يلزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي شيئاً للحصول على شيء آخر».
(٢) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥ص ٢٧.

وعقود لبناني). ومع ذلك فإن الوفاء بمقابل يمكن أن يكون تصرفاً ناقلاً وذلك عندما يتم مقابل نقل المدين ملكية شيء إلى الدائن الذي قبل ذلك. وهو من هذه الناحية يشبه إلى حد كبير البيع، وإن كان ليس بيعاً لتخلف الثمن، ولهذا فإن المشرع نص على سريان أحكام البيع على الوفاء بمقابل على الأخص فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية (م ٣٥١ مدني مصري) فالوفاء بمقابل في هذه الصورة ليس بيعاً حقيقياً، كما أن التشابه بينهما ليس تاماً. ففي حالة إفلاس الموفي فإن وفاءه يعتبر باطلاً عندما يتم في فترة الريبة، لأنه يشكل وفاء غير طبيعي، كما أن الوفاء بمقابل لا يعطى للمدين الذي قام به امتياز البائع[1].

ثانياً ـ المحور الثاني: الشيء المبيع:

البيع لا يفترض الاتفاق على الثمن فحسب وإنما يتضمن أيضاً الاتفاق على الشيء المبيع. فكل أنواع الاشياء يمكن بيعها بشرط أن تكون داخلة في دائرة التعامل، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الشيء عقاراً أو منقولاً، شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع، حاضراً أو مستقبلاً، مادياً أو غير مادي. لكن إذا كان محل البيع شيئاً غير مادي فيتكلم الفقه في فرنسا عن التنازل أو الحوالة la cession فيقال مثلاً حوالة الحق، والتنازل عن الحق في العملاء، وعن المحل التجاري، وبراءة الاختراع، وحقوق المؤلف.. الخ.

ـ في بعض الأحيان يستخدم اصطلاح «بيع الخدمة» Vente de service، في

---

(١) في بعض الأحيان يساء استخدام الوفاء بمقابل، فمثلاً ذهبت بعض أحكام في فرنسا إلى أن شراء سيارة جديدة مع أخذ السيارة القديمة المستعملة يعتبر وفاء بمقابل السيارة المستعملة

com. 20 Juin 1972, D.73.235 note Crit. J. Hémard.

في الواقع هذا التحليل غير صحيح لسبب بسيط هو أن أخذ السيارة المستعملة قد تم الاتفاق عليه ابتداء في العقد ذاته. على العكس من ذلك في الوفاء بمقابل إذ المقابل الذي يقبله الدائن عند الوفاء بالالتزام يختلف عن الشيء المستحق أصلاً. في الواقع نحن بصدد بيعين متقاطعين وغير قابلين للانقسام. انظر في ذلك وفي أمثلة أخرى

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 71 p. 61 et s; J. Huet, op.cit, no 11121, p. 65.

الواقع نجد أنه يصعب تطويع القواعد المنظمة لعقد البيع لتطبيقها على ما يسمى «بيع الخدمة» فمثلاً كيف نطبق الالتزام بضمان العيوب الخفية؟ وغالباً ما تستعمل أيضاً التنظيمات المعاصرة نفس المصطلحات فنجد مثلاً تشريعات حماية المستهلك في فرنسا تعالج La vente et les prestations de services.

ـ كما أنه في المسائل التجارية غالباً ما نجد عقد خدمة تابع لعقد البيع، سواء ما قبل انعقاد البيع، فمثلاً في عقد بيع الأجهزة المعقدة، مثل الحاسبات الآلية، نجد عادة الشركة التي تعرض بيعها تلتزم قبل البيع بإعلام العميل بالخصائص المميزة للأجهزة وكيفية استعمالها، أو بصفة خاصة بعد البيع وهو ما يسمى عادة بخدمة ما بعد البيع. وبالمثل نجد ذلك في الاتفاقات الأكثر تعقيداً، كعقود المساعدة الفنية وعقود التوريدات[1].

لكن من خلال العنصر الأساسي في البيع وهو الشيء المبيع على النحو السابق بيانه يمكن تمييز عقد البيع عن عقد المقاولة.

البيع وعقد المقاولة:

المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل معين على وجه الاستقلال لقاء أجر معين. وقد عرفته المادة ٦٤٦ مدني مصري بقولها أن «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

وتنص المادة ٦٢٤/ ٢ من قانون الموجبات والعقود على أن «عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل».

وبهذا يتضح الفارق بين البيع والمقاولة، فالمقاولة إذاً تتمثل في القيام بعمل لحساب الغير، وهذا ليس ببيع حيث أنه لا تباع الخدمات وإنما الذي يباع هو الأشياء.

---

(١) انظر

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 72 p. 62.

لكن مع ذلك هناك حالات يدق فيها الأمر وتدعو للتردد حول طبيعة العقد. فمثلاً التعاقد مع فنان للقيام بعمل فني، كرسم صورة مثلاً نجد محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها[1] اعتبرت هذا العقد ذو طبيعة خاصة «Un contrat de nature spéciale» وأنه لا يقبل التنفيذ الجبري[2].

- **بيع شيء تحت التصنيع**: ويتمثل هذا العقد في أن المقاول يتعهد ببيع شيء يقوم بتصنيعه من مواد يملكها هو، كأن يتعهد صانع بيع أثاث معين يقوم بتصنيعة من أخشاب يملكها هو طبقاً للرسوم والنماذج المقدمة من صاحب العمل، في هذه الحالة يدق الأمر ويمكن أن نتردد بين اعتباره عقد بيع لأشياء مستقبلة أو عقد مقاولة؟

ولتحديد طبيعة العقد في هذه الحالة أهمية خاصة على مستوى القواعد الواجبة التطبيق: فمثلاً نجد الثمن لا بد وأن يكون معيناً عند إبرام العقد إذا كان الأمر يتعلق بعقد بيع، ولا يلزم ذلك إذا كان عقد مقاولة. كما أن نقل الملكية وتبعة الهلاك تتم عند الانتهاء من الشيء في عقد بيع الأشياء المستقبلة، هذه القاعدة يمكن أن يختلف تطبيقها في عقد المقاولة (انظر نص المادة ١٧٨٨ مدني فرنسي)[3]. ضمان العيوب الخفية يخضع لقواعد مختلفة في كل من الحالتين. علاوة على القواعد الخاصة بعقد البيع كامتياز البائع، ونقض العقد للغبن إذا تعلق بعقار في فرنسا (م ١٦٧٤ ـ ١٦٨٥ مدني فرنسي) (وانظر المادة ٤٢٥ مدني مصري).

- الاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي، أخذاً في الاعتبار للإرادة المشتركة للمتعاقدين، تطبق المحاكم غالباً على هذا العقد المركب تكييف توزيعي، بمعنى أن توريد المواد يتبع لعقد البيع، والقيام بالعمل يتبع عقد المقاولة[4]. وكان القضاء

(١) انظر
Civ. 1,24 mov. 1993, Monneret, Bull. civ. no 339.

(٢) وهذا ما قررته هذه المحكمة منذ مطلع القرن العشرين انظر
Civ. 14 mars 1900, Whistler, D.P. 00.1.497, rap. Rau, concl. Desjardins.

(٣) انظر:
Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 781, p. 431 et s.

(٤) Civ. 3, 16 mars 1977; Sté Tunzini - Entreprise, Bull civ-III 131, J.C.P. 78. II 18913, =

الفرنسي يطبق غالباً، ولمدة طويلة، على هذا العقد التكييف الحصري طبقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، ولكن يبدو اليوم قد أخذ بمعيار آخر وهو «العمل الفني» (Travail spécifique)[1].

ـ بالنسبة للعقارات نجد أن معيار الفرع يتبع الأصل ما زال مطبق، وذلك على اعتبار أن الأرض دائماً هي الأصل، ولكن يجب أن نميز بين فرضين وفقاً لشخص المالك للأرض وقت إبرام العقد: فإذا كان البناء تم على أرض مملوكة لصاحب العمل فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة بعقد مقاولة، أما إذا كان البناء قد تم على أرض مملوكة للمقاول على أن يسلم هذا المجموع عند الانتهاء من العمل فإن الأمر يتعلق بعقد بيع.

لكن محكمة النقض الفرنسية هذبت هذا المعيار وذلك بالتركيز على موضوع العقد: فإذا كانت المواد التي يتم توريدها تتعلق بشيء يتم على مراحل Une chose de série فإننا نكون بصدد عقد بيع، أما إذا كان الأداء يرد على عمل فني «Travail spécifique» فإننا نكون بصدد عقد مقاولة[2]. أما بالنسبة لبيع عقار تحت الانشاء نجد أن المشرع الفرنسي استبعد التكييف الحصري وأخذ بالتكييف التوزيعي. فقانون ٣ يناير، ٧ يوليو ١٩٦٧ أنشأ عقداً جديداً، فعلاوة على القواعد الخاصة به، قد مزج المشرع بصدده بين نظام عقد البيع ونظام عقد المقاولة[3].

(٢)- بيع المفتاح في اليد Vente de clefs en main، وبيع المنتجات في اليد Vente de produit en main:[4] هذه العقود أكثر شيوعاً في العلاقات الدولية،

= note Hassler, Rev.trim. dr. civ. 77, 785, note G.Cornu, com. 6 Jan 1982, Bull. civ. IV no 4.

D. 82. I.R.; 528 note B. Audit (vente d'étoffe à imprimer).

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 74, p. 64.

J. Huet, op.cit 11127, p. 74 et s.

ـ مع ملاحظة أن قاعدة الفرع يتبع الأصل ما زالت مطبقة في مجال المنقول، فمثلاً عقد العميل مع المطعم ما زال عقد مقاولة لأهمية عنصر الخدمات التي تقدم فيه.

(٢) Com. 4 Juil. 1989, Bull. civ. IV, no 210; D. 90. 246 note G.virassamy. J.C.P. 90. II. 21515; noe Y.Dagorne - Labbé.

(٣) انظر في تفصيل أكثر

Ph. Malurie, L.Aynès, op.cit, no 77, p. 65.

(٤) انظر أستاذنا =

وبصفة خاصة بين الدول المتقدمة والدول النامية. ومع ذلك فإن القانون الداخلي يعرف بعض صورها كبيع العقار تسليم المفتاح، وذلك بالنسبة للمباني الجديدة. أما بالنسبة للعلاقات الدولية فإننا نجدأنه قد شاع في خلال العشرين سنة الأخيرة بيع مصانع تسليم المفتاح، أو تسليم المنتجات للدول النامية وذلك لتجنب صعوبة الإشراف على العمل أثناء تنفيذه من الناحية الفنية لعدم توافر الكوادر اللازمة لذلك. ففي بيع المصانع تسليم المفتاح نجد أن التزام البائع بالضمان لا يبدأ إلا من وقت التسليم، أي بعد وقت قليل من إتمام التجهيزات اللازمة، وأن المصنع يمكن أن يعمل بطريقة عادية. في بيع المصانع تسليم المنتجات نجد أن التزام البائع بالضمان يذهب بعيداً إلى ما بعد التسليم، فعلى البائع أن يشرف بعض الوقت على عمل المصنع بعمال وفنيي الدولة المشترية حيث إن البائع التزم أيضاً بإعدادهم لذلك. في هذه الحالات نجد أن عقد البيع قد امتزج بعقد المقاولة.

ثالثاً ـ المحور الثالث: نقل الملكية:

هذا العنصر الأساسي في عقد البيع يمكننا من التمييز بين عقد البيع والإيجار، وعقد البيع والقرض والعارية، وعقد البيع والوديعة، وعقد البيع والوكالة.

١ ـ البيع والإيجار:

الاختلاف بين البيع والإيجار يكمن في الهدف والطبيعة، فمن حيث الهدف من العملية القانونية في البيع هو نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر لقاء ثمن نقدي، أما الهدف من العملية القانونية في الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معينة مقابل أجرة معينة، فعقد البيع ينقل حق عيني متعلق بالشيء، بينما عقد الإيجار ينشيء فقط التزام شخصي متعلق بالشيء.

أما من حيث الطبيعة فإن عقد الإيجار يعتبر من العقود الزمنية بينما عقد البيع يعتبر من العقود الفورية. فالزمن عنصر جوهري في قياس أداءات الطرفين في عقد الإيجار وذلك بخلاف عقد البيع.

= Ph. Kahn, typologie des contrats de transfert de la technologie, in transfert de technologie et developpement Lib-techn. 1977, pp. 445 et s, sp. 452.

ومع ذلك قد تدق التفرقة بين البيع والإيجار في بعض الفروض، كبيع الثمار أو المنتجات، في حالة الإيجار مع الإعاشة[1]. علاوة على ذلك ظهرت أشكال أخرى يختلط فيها البيع بالإيجار، كالبيع الإيجاري، والإيجار التمويلي، ونوع آخر عرف في فرنسا أخيراً باسم La location-accession[2] الذي يمكن ترجمته مبدئياً بـ «إيجار ـ الإشغال».

---

(١) وعقد الإيجار مع الإعاشة هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يؤمن الحاجات الأساسية (تغذية، ورعاية، وسكن، وصحة) لشخص آخر لقاء إما، مبلغ من النقود، أو مقابل دوري، أو نقل ملكية مال معين، وهذا الفرض الأخير هو الشائع عملاً.

(٢) عقد البيع الإيجاري يمثل نموذج للعقد المختلط، إذ يشمل على سبيل التعاقب انتفاع بالشيء ونقل للملكية. ولكن هذا العقد يمثل كثيراً من العقبات للمستأجر ـ المتصرف إليه حيث إنه لا يتمتع بأي ضمان في حالة إفلاس المؤجر ـ البائع كما أنه لا يتمتع بأي سلطة في إدارة العقار بالرغم من تحمله التزامات تتجاوز التزامات المستأجر العادي. ولذلك اعتبره المشرع المصري عقد بيع م ٤٣٠/ ٤/ أما عقد الإيجار التمويلي في صورته البسيطة فهو عقد إيجار لضمان ائتمان معين، بأن الشركة المؤجرة تسترد القرض الذي منحته للمستأجر الائتماني من خلال أقساط يدفعها مقابل استعماله الشيء مع خيار بالشراء للمستأجر في نهاية العقد. فالمستأجر الائتماني له في نهاية العقد ثلاث خيارات: ١ ـ رد هذه الأدوات ٢ ـ تجديد العقد ٣ ـ شراء هذه الأدوات بالقيمة التجارية المحددة من الأصل (انظر مؤلفنا الضمانات غير المسماة ص ٢١٧).

أما عقد la location-accession فقد أنشأه قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ وذلك من أجل إنعاش إشغال العقارات دون ارتباط بملكيتها خاصة العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية و سكنية. وعقد إيجار الإشغال الذي يخضع لهذا القانون لا بد أن يتوافر له ثلاث خصائص: ١ ـ يتضمن وعد بالبيع للشاغل (l'accédant) أي يكون له الخيار ٢ ـ مدة أولية للانتفاع بالعين بمقابل ٣ ـ أن يدفع هذا المقابل حتى إعلان الرغبة. وهذا المقابل يشمل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ يقابل الحق الشخصي في نقل ملكية المال إليه.

Contre partie «du droit personnel au transfert de propriété du bien» (art 1).

هذا العقد يمكن أن يكون بيع إيجاري (إذا كان لا يتضمن الخيار الممنوح للمستأجر) أو عقد إيجار متضمن وعداً بالبيع (عند غياب الإيجار المبالغ فيه Surloyer السابق بيانه) وبالتالي لا يخضع لهذا القانون.

ـ **بالنسبة لبيع الثمار**: فإن محكمة النقض الفرنسية مستقرة منذ زمن على أن العقد يكون إيجاراً في حالة ما إذا كان الذي يحصل على الثمار عليه التزام بزراعة الأرض وصيانتها[١]. ففي حالة بيع العلف الأخضر للماشية، يعتبر هذا العقد بيعاً إذا كان المخول له الحصول عليه لا يمكن استعمال الأرض إلا الوقت اللازم لإتمام حصاده[٢].

ـ **بالنسبة للنزول عن المنتجات**: وهو يتمثل في إعطاء الأشخاص الحق في استغلال محجر (الرمال أو الأحجار) أو منجم (المعادن). هذا العقد كان محل خلاف كبير بين الفقه والقضاء في فرنسا. والسبب في ذلك أنه للوهلة الأولى نجد أن هذا العقد له بعض خصائص الإيجار، فالمتعهد له حق في الاستخراج، وهذا الحق يمارس بصفة مستمرة، كما أن عليه التزام يدفع مقابل لذلك، يحدد في بعض الأحيان بمدد معينة.

على العكس من ذلك نجد أن القضاء في فرنسا قد قرر أن هذا العقد لا يمكن أن يكون إيجاراً[٣] لأن المتعهد يستهلك من جوهر الشيء، وهذا ما يتعارض مع الانتفاع، وخاصة وأنه لا يمكن بحال رد الشيء كاملاً بعد تنفيذ العقد[٤]. وقد رتبت المحاكم عدة نتائج على هذا التكييف، وهي استبعاد أحكام عقد الإيجار وتطبيق أحكام عقد البيع. ولكن هذا البيع له طبيعة مزدوجة، فهو فيما بين المتعاقدين يعتبر بيع لمنقول ـ بيع لمنقول يحسب المآل. وبالنسبة إلى الغير يعتبر عقاري وبالتالي لا يمكن أن ينفذ في مواجهتهم إلا بعد التسجيل.

---

(١) انظر

Civ. 1, 17 Nov. 1953, Anthouard, J.C.P. 54. II. 8371.

(٢) انظر

Civ. 3, 11 Juin 1986, Rev. trim. dr. civ. 87. III, 2e esp. note crit. Ph. Remy.

وانظر في تفصيل أكثر في هذا الفرض منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٢٠.

(٣) Civ. 3, 30 Mai 1969, Reignoux et autres, Bull civ. III, no 437.
D. 68.561; J C.P.70. II. 16173, note Hubrech, Rev. trim. dr. cin 70. 188, note G.Cornu.

(٤) Esmein in Aubry et Rau, t.II; 7e éd. 1961, no 15 et t. V $ 349, note 3-2; M. Fréjaville, note. D.P. 1929. II. 91.

وهذا القضاء ما زال محل انتقاد شديد من جانب الفقه[1].

٢ ـ البيع والقرض:

القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته (م ٥٣٨ مدني مصري)[2].

على ضوء ذلك نجد أن المعيار الفاصل بين البيع والقرض يكمن في الالتزام بالرد الناشيء بالضرورة عن عقد القرض. فهذا الالتزام يعتبر من جوهر عقد القرض بينما لا يعتبر كذلك بالنسبة لعقد البيع. وعلى فرض أن هذا الالتزام قد وجد في عقد البيع فإنه يعتبر أمراً استثنائياً محضاً وذلك عندما ينص عليه في إحدى صوره[3].

وعلى ذلك فإنه إذا كان هناك نقل ملكية في كل من البيع والقرض إلا أن الأمر جد مختلف، حيث إن المقترض لا يصبح مالكاً بصفة نهائية وإنما عليه التزام برد الشيء المقترض. أما المشتري فإنه يصبح مالكاً للشيء المبيع بصفة نهائية. وهذا الفارق يرجع إلى نقل ملكية الشيء المبيع يعتبر من جوهر عقد البيع إذ لا يتصور عقد بيع بدونها. أما نقل الملكية في القرض فإنه ليس من جوهره وإنما فرضتها طبيعة الشيء المقترض إذ هذا الشيء يكون من الأشياء القابلة للاستهلاك وإذا كان ليس للمقترض إلا أن يستعملها فقط إلا أن هذا الاستعمال سيؤدي بالضرورة إلى استهلاكها لذلك اقتضى الأمر نقل ملكية الشيء المقترض حتى يتمكن المقترض من استعماله الذي يستلزم بالضرورة استهلاكه. كل ذلك لا يمنع أنه في الحياة العملية يلجأ الأفراد إلى إخفاء قرض بربا فاحش في صورة بيع وفي

---

(١) Cornu, note cité supra note 3. Picard, in Planiol et Ripert, t. III 2eéd. 1952, no 105.

(٢) تنص المادة ٧٥٤ موجبات وعقود على أن «قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين إلى الفريق الآخر نقوداً أوغيرها من المثليات بشرط أن يرد إليه المقترض في الأجل المتفق عليه مقدار يماثلها نوعاً وصفة».

(٣) مثال ذلك بيع الغاز في أسطوانات فإن المشتري لا يملك سوى الغاز وعليه أن يرد بعد ذلك أسطوانة الغاز.

هذه الحالة يجوز للطرف الذي له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات وفي هذه الحالة ينزل القاضي الفوائد إلى الحد القانوني.

٣ ـ البيع والعارية:

العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال (مادة ٦٣٥ مدني مصري)[١].

وفي هذه الحالة نجد أن المعيار الذي يجب أن نركن إليه للتفرقة بين البيع والعارية هو نقل الملكية، ففي العارية ليس هناك نقل للملكية وإنما يبقى المعير مالكاً للشيء المعار، وعلى المستعير أن يحافظ عليه ويرده في نهاية العارية.

لكن قد تختلط العارية بالبيع في الحياة العملية، وهو ما جرى عليه العمل في المجال التجاري باسم La vente avec consignation de l'emballage.

وهذه الصورة تعرض عندما يكون المبيع معبأ في أوعية خاصة تسلم إلى المشتري مقابل دفعه مبلغ معين يرد له عند قيامه برد هذه الأوعية. فهل هذا المشتري لهذه المواد المعبأة مستعير للأوعية وأن البائع معير لها، أم أنه يتملكها بمقتضى بيع هذه الأوعية له مقترناً برخصة احتمالية بردها إلى البائع مقابل استرداده ما دفعه؟

تكييف هذا العقد يتوقف على تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين واقتصاديات العقد[٢].

---

(١) تنص المادة ٧٢٩ موجبات وعقود على أن «قرض الاستعمال أو الإعارة هو عقد بمقتضاه يسلم شخص (يسمى المعير) شيئاً إلى شخص آخر (يقال له المستعير) كي يستعمله لحين من الزمن أو لوجه معين بشرط أن يرد إليه ذلك الشيء نفسه» «وفي الإعارة يبقى المعير مالكاً للعارية وواضعاً اليد عليها في نظر القانون وليس للمستعير سوى الحيازة والاستعمال».

(٢) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 85 p. 69.

في العمل التجاري يجري عادة النص، في الغالب من الحالات، في الشروط العامة للعقد على أن احتفاظ المشتري لهذه الأوعية يكون على سبيل العارية[1]، مع اقترانها بصفة عامة بشرط جزائي يضمن الرد لهذه الأوعية، أو على سبيل الوديعة. وفي كلتا الحالتين ملكية الأوعية لم تنتقل إلى المشتري، لكن يمكن أيضاً أن يشكل هذا العقد بيعاً متضمناً. تقرر أنه في هذه الحالة الأمر يتعلق إما بعارية أو بوديعة إذا كان هناك التزام برد الأوعية من جانب المشتري وأن استعمالها كان مجانياً، وإلا تعتبره بيعاً مقترناً برخصة إعادة الشراء[2].

٤ ـ بيع الوفاء Vente à réméré :

وبيع الوفاء صورة خاصة من البيع، فهو عقد بمقتضاه يبيع شخص شيئاً معيناً، منقول أو عقار، ويشترط فيه إمكانية استرداده في مقابل رده الثمن والمصاريف خلال مدة معينة (لا تتجاوز خمس سنوات في فرنسا مادة ١٦٥٩، وثلاث سنوات في قانون الموجبات والعقود مادة ٤٧٣)[3].

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي[4].

٥ ـ البيع والوديعة :

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا

---

(١) Civ. 1,2 Mars 1954, D.54.275; J.C.P. 54. II. 8117, note J. Hémard, Rev.trim. dr. civ. 1954, 510, note J. Carbonnier.

(٢) Com. 26 Janv. 1960, Bull III; no 36; D.60. 400; J.C.P. 60. II. 11614.; com. 14 oct. 1974, Gaz. Pal. 75. I. 129; Rev. trim. dro civ. 75. 323, note. G. Cornu. Rev.trim. dr. com. 75.584, note J.Hémard.

(٣) هذه المدة كانت في التقنين المدني المصري السابق خمس سنوات، والتقنين المختلط سنتان. انظر السنهوري، الوسيط جـ ٤، المجلد الأول فقرة ٨٣ ص ١٥٨. وقد نصت المادة ٤٦٥ مدني مصري على بطلان بيع الوفاء.

(٤) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

الشيء وعلى أن يرده عيناً (م ٧١٨ مدني مصري)[1] وكما هو واضح من التعريف أن المعيار الفاصل والحاسم في التفرقة بين البيع والوديعة هو نقل الملكية، حيث الوديعة تتضمن بالضرورة التزام برد الشيء الذي تسلمه المودع لديه على سبيل الوديعة، أي لم يتضمن العقد أي نقل للملكية.

لكن في الحياة العملية قد تختلط الوديعة بالبيع، ففي المجال التجاري يجري العمل على أن تاجر التجزئة يتلقى من تاجر الجملة كمية من البضائع ويشترط عليه أنه سيبيع ما يستطيع منها ويرد له ما تبقى عنده بعد إنتهاء مدة معينة، وهذا ما كان يسميه القانون الروماني بـ aestimatum (Contrat estimatoire) في الوقت الحاضر يسمى في بعض الأحيان «وديعة البيع dépôt-vente»، فهل هذا العقد وديعة ـ وكالة أم أنه بيع؟ الأمر يتوقف بطبيعة الحال على تحديد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

تذهب المحاكم في فرنسا، بصفة عامة، إلى القول بأن الأمر هنا يتعلق بعقد بيع تحت شرط فاسخ[2]، أو أنه عقد غير مسمى قريب من البيع[3]، هذا التكييف يؤدي إلى تبعة الهلاك تقع على المشتري[4] بينما في الوديعة يبقى المودع مالكاً وبالتالي تقع عليه هو تبعة الهلاك، هذا العقد لا يمكن أن يكون وديعة ـ مقترنة بوكالة بالبيع إلا إذا كان تاجر التجزئة ملتزماً برد البضائع غير المباعة، وفي هذه الحالة يكون البيع قد تم باسم ولحساب تاجر الجملة وهو الذي يتحمل في النهاية المخاطر التجارية للبضائع غير المباعة. في هذه الحالة يكون العقد في غير صالح تاجر الجملة لأنه سيقع على عاتقه، تبعة الهلاك بالإضافة إلى تحمل تبعة البضائع غير المباعة. أما إذا كان رد البضائع غير المباعة أمر اختياري لتاجر التجزئة وقد قام بعمل فاتورة، فإن العقد يكون بيعاً[5].

(١) وتنص المادة ٦٩٠ موجبات وعقود على أن «الإيداع عقد بمقتضاه يتسلم المودع من المودع شيئاً منقولاً ويلتزم حفظه ورده».

(٢) ومع ذلك قارن حكم

Versailles 8 nov. 1990, D. 92, som. 193 note crit. O. Tournafond

الذي رأى فيه بيعاً معلقاً على شرط واقف.

(٣) Paris, 18 mai 1953, J.C.P. 53. II. 7776.

(٤) Paris, 12 déc. 1980, D.81, I.R. 447, note ch. Larroumet.

(٥) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 89 p. 72.

٦ ـ البيع والوكالة:

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (م ٦٩٩ مدني مصري)[١].

نستطيع من الوهلة الأولى أن نفرق بين البيع والوكالة، حيث إن البيع عقد ناقل للملكية بينما الوكالة وسيلة من وسائل النيابة في التعاقد.

ومع ذلك قد تدق التفرقة في بعض الفروض[٢] من ذلك مثلاً أن يعطي شخص لآخر ما لا يملكه لكي يتصرف فيه تصرفاً قانونياً ثم يقوم هذا الأخير ببيعه في هذا الفرض قد يدق الأمر حول حقيقة ما يقصده الطرفان فهل هو قام بشراء أعقبه ببيع، بمعني أنه اشترى هذا المال من المالك ثم قام يبيعه إلى الغير أي أنه تصرف لحسابه الخاص وفي نطاق مصلحته الخاصة، أم أنه تصرف فيه بصفته وكيلاً عن البائع، فهو تصرف فيه لحساب الغير لا لحسابه الخاص. بطبيعة الحال الأمر يتوقف على تفسير إرادة المتعاقدين لتحديد قصدهما المشترك من العملية القانونية المراد إبرامها.

ـ ملحق: البيع والوصية:

الوصية ليست عقداً ولكنها تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الوفاة. فالوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م ١ من قانون الوصية) والوصية من أعمال التبرع.

وعلى ضوء ذلك نجد أن الوصية وإن كانت تصرف قانوني ناقلاً للحق المالي إلى الموصى له إلا أنها تختلف مع ذلك عن البيع في أن نقل الحق يتراخى إلى ما بعد موت الموصي.

---

(١) تنص المادة ٧٦٩ موجبات وعقود على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل القيام بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال أو أفعال. ويشترط قبول الوكيل» «ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً وأن يستفاد من قيام الوكيل بها».

(٢) انظر فروض أخرى رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها.

كما أن نقل الحق المتراخي إلى ما بعد الموت يكون بدون عوض، أي يكون تبرعاً. علاوة على اختلاف كل منهما من حيث التكوين، فالبيع عقد أم الوصية فتصرف بالإرادة المنفردة.

وإذا كانت الفروق بين البيع والوصية واضحة وظاهرة، إلا أنه في الحياة العملية كثيراً ما يلجأ الأفراد إلى ستر وصاياهم في صورة بيوع وذلك تهرباً من بعض أحكام الوصية الآمرة والتي أهمها عدم نفاذ الوصية فيما يجاوز ثلث التركة. والصورة العملية المألوفة يلجأ المتصرف إلى إظهار تصرفه في صورة بيع مع العمل في نفس الوقت على تحقيق هدفه من الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت الوفاة في مقابل عدم الحصول من المشتري على الثمن. وهكذا يبدو الأمر في الظاهر على أنه بيع ولكنه في الواقع وصية مقنعة[1].

وعلى ذلك يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، الوصية، وأن يثبت بكافة طرف الإثبات صورية البيع الذي أضر به.

وقد وضع القانون المدني المصري قرينة قانونية على قيام الوصية «إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك» (م ٩١٧ مدني).

ولكن هذه القرينة بسيطة وليست قاطعة، أي يجوز إثبات عكسها، أي إن المتصرف إليه يثبت أنه رغم توافر شروط هذه القرينة إلا أن العقد مع ذلك يعتبر عقد بيع بما يترتب عليه من آثار[2].

---

(١) انظر القضاء الغزير في هذا الصدد، سعيد شعلة، قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع ١٩٣١ ـ ١٩٨٨ منشأة المعارف ص ١٠ وما بعدها.

(٢) في القانون اللبناني تعتبر الوصية أيضاً من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ويفرق قانون الموجبات والعقود بين الهبة، باعتباره عقداً ناقلاً فيما بين الأحياء، والوصية باعتبارها تصرفاً ناقلاً بالإرادة المنفردة متراخياً إلى ما بعد الموت، ولكن قد استعمل خطأ لفظ هبة بالنسبة للوصية فتنص المادة ٥٠٥ موجبات وعقود على أن «الهبات =

خطة دراسة عقد البيع :

ستركز دراستنا لعقد البيع على محورين أساسيين :

الأول : انعقاد عقد البيع .

والثاني : آثار عقد البيع ، وهذا ما سيكون موضوع القسمين التاليين .

= (ويقصد الوصايا) التي تنتج مفعولها بوفاة الواهب (ويقصد الموصي)، تعد من قبيل الأعمال الصادرة عن مشيئة المرء الأخيرة وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث» انظر أيضاً توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٦٨ هامش ١ .

القسم الأول

انعقاد عقد البيع



عقد البيع ومبدأ سلطان الإرادة:

يخضع عقد البيع لمبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره. والذي يهمنا هنا مرحلة تكوين العقد. في هذه المرحلة نجد أن أولى المبادىء التي تحكم عقد البيع، هو حرية التعاقد أو عدم التعاقد. فلا يمكن أن يجبر أحد على الشراء، كما أنه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع. والمبدأ أنه لا يوجد تعسف في استعمال حق رفض الشراء أو البيع[1]. والشق الأول، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على الشراء يعتبر مطلقاً، فلا يوجد أي قيد عليه من الناحية القانونية، لكن هذه الحرية في الواقع ليست إلا شكلية حيث أن هناك حاجات أساسية يلزم إشباعها من أجل البقاء. أما الشق الثاني، والخاص بأنه لا يمكن أن يجبر أحد على البيع يرد عليه استثناءات قانونية هامة، سواء لضمان حرية الأسعار، أو حرية المنافسة[2]، أو عندما يكون المال محجوزاً عليه من جانب الدائن للحصول على حقه عن طريق التنفيذ الجبري.

---

(١) انظر

Req 24 nov. 1924, S. 25. I. 217.

وكان يتعلق برفض بيع عقار معين، واعتبرت المحكمة أنه ليس هناك تعسفاً في استعمال حق الملكية، حيث إن المالك أعرب فقط عن رغبته بالاحتفاظ به.

com. 5 Juil. 1994, affaire de «Clochemerle» Bul. IV, 258, J.C.P. 94. II. 22323, note J. Léonnet.

(٢) حيث إن رفض البيع، أو أداء الخدمة يشكل جريمة معاقب عليها إذا كان ذلك في مواجهة مستهلك وليس لها ما يبررها من دافع مشروع «Un motif légitime» (م ٣٠ من الأمر الصادر في ١٩٨٦/١٢/١) كما أنها تعقد المسؤولية المدنية لفاعلها في مواجهة كل مشتري إذا كان طلبات الشراء لا تمثل أي طابع غير عادي وأنها تمت بحسن نية (م ٢/١٠، م ٢/٣٦) وأعطى القانون للقاضي المستعجل سلطة إجبار البائع على البيع (م ٣٦) كإصدار أمر إلى البائع بتسليم البضائع تحت التهديد بفرض غرامة تهديدية انظر

Com. 17 juil 1990, Bull. IV, no 220 D. 91.471, note P.Reynès.

في المرحلة الأولى: وعند إبرام العقد[1]: يسيطر مبدأ الرضائية على عقد البيع. حيث إن عقد البيع عقد رضائي يكفي فيه مجرد التراضي على العناصر الجوهرية ودون استلزام أي شكل أو إجراء آخر ليتم فوراً وبصفة نهائية. ومع ذلك نجد أن التشريعات الحمائية الحديثة في فرنسا أدخلت الكثير من الشكليات على العقود. فمثلاً نجد أنه في بيع العقار تحت الإنشاء في فرنسا قد فرض المشرع، (م ل ٢٦١ـ١١ من تقنين البناء والإسكان)، في نفس الوقت، إفراغ العقد في شكل رسمي acte autentique، وتضمينه عدة بيانات مخصصة لإعلام المشتري وجعل جزاء تخلف هذه الشكلية قابلية العقد للإبطال لأن الهدف منها هو حماية المتصرف إليه وذلك عن طريق الاستفادة من الالتزام بالنصيحة الذي يقع على عاتق كاتب العدل أو الموثق[2].

ـ كما أن التشريعات الحديثة قد عززت إعلام وإخطار المستهلك. فمثلاً نجد في فرنسا أن القانون رقم ٩٢/ ٦٠ في ١٨ يناير ١٩٩٢ قد وسع وعزز بشكل ملحوظ الشكلية المكرسة لحماية المشتري ـ المستهلك. **فقد استلزم هذا القانون تزويد المشتري ـ المستهلك بالوسائل اللازمة لجعل رضاءه حر وواضح**. ومن أجل ذلك قد سمح هذا القانون بالدعاية المقارنة في حدود ضيقة جداً حتى يتحقق من أمانتها (م ١٠) وأصبح كل بائع ملتزم بأن يسلم كل من تقدم له بطلب الشراء نموذج من الاتفاقات التي يبرمها عادة، وقد حدد القانون ما يجب أن يخطر به المشتري المستهلك من جانب البائع، فيجب أن يبين له الخصائص الأساسية المميزة للمال (م ٢)، ويوضح له مكونات المنتج وتعليمات استخدامه. كما يجب أن يخطره بالثمن، وشروط البيع والتسليم وإلا وقع العقد قابلاً للإبطال بالإضافة إلى الجزء الجنائي[3].

---

(١) A.Bénabent, op.cit, no 115 p. 78 et S.

(٢) انظر F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no. 46 p. 41.

(٣) Ibid, no 93 p. 79.
وانظر في دراسة تفصيلية وتحليلية لهذه التشريعات الحمائية، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الإشارة إليه، ص ٨٢ وما بعدها.

إدخال مهلة تروي ومهلة عدول:

في بعض أنواع البيوع نجد أن رضاء المستهلك، الضحية المفترضة نتيجة ضعفه في مواجهة البائع، واندفاعه المتزايد نتيجة الدعاية، ليس له أثر فوري. فعلاوة على الشكلية التي فرضها المشرع لإعلامه وتوضيح الأمور أمامه قد فرض المشرع أيضاً مرور فترة زمنية بعد قبوله للتأكد من أنه قد تروى وتدبر الأمر. بعد هذه المهلة الزمنية يصبح العقد نهائياً.

هذه المهلة قد تكون مهلة للتروي وقد تكون مهلة للعدول.

مهلة العدول: في فرنسا مثلاً نجد أن قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ والخاص بالبيع الناشيء عن التسويق في المنازل قد أعطى المشتري، في بيوع الأموال التي لها طابع شخصي أو عائلي، حق العدول عن العقد في خلال مدة سبعة أيام عن طريق خطاب موصى عليه بعلم الوصول (م. ل. ١٢١ ـ ٢٥ الفقرة الأولى والثانية من تقنين الاستهلاك) وقد تم تسهيل استعمال هذه الرخصة عن طريق تسليم الزامي لورقة منفصلة معدة لهذا الغرض (م. ل. ١٢١ـ٢٣ من نفس التقنين) كما أن المشرع عزز هذه الحماية بالحظر الذي فرضه على البائع بعدم تلقي مقابل أو أي تعهد قبل انتهاء هذه المهلة (م. ل. ١٢١ ـ ٢٦) والالتزام بذكر ذلك، بالإضافة إلى الجزاء الجنائي المقرر لمخالفة هذا الحظر.

وقد فرض المشرع قواعد مماثلة في مجال «البيع بالتليفزيون Télé-achat» «البيع بالتليفيون» أو أي جهاز مماثل (قانون ٦ يناير ١٩٨٨، المادة ل. ١٢١ـ١٦ من تقنين الاستهلاك)[١].

في نفس هذا الإطار نجد أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمسمى بقانون Scrivener I قد أنشأ مهلة للعدول قدرها ٧ أيام بعد قبول الإيجاب المتضمن ائتماناً

---

(١) انظر

Civ. 1,30 mars 1994, Bull. I. no 131; D. 94, som. 235, note O. Tournafond.

وهذا الحكم اعتبر أن مجرد التسويق لدى المشتري قد تم عن طريق التليفون فإنه بذلك يخضع لقانون ١٩٧٢ حتى ولو تم البيع بعد ذلك في محلات البائع، انظر

J. Huet, op.cit no 11164 p. 110 et S; A. Bénabent, op.cit, no 109 p. 75.

(مادة ل. ٣١١ـ١٥ من نفس التقنين) وهذا النص يتعلق بصفة أساسية بإبرام عقد القرض، لكن مع ذلك نجد أن عقد البيع يفسخ بقوة القانون في حالة عدول المقترض عن إبرام القرض (مادة ل. ٣١١ـ٢٥) وقد حظر القانون على البائع تلقي أي مبلغ أو وديعة من حساب الثمن المستحق الدفع نقداً، طالما ما زال هناك عدم تيقن (مادة ل. ٣١١ـ٢٧ من نفس التقنين) وأي مخالفة لهذا الحظر يجعل البائع يقع تحت طائلة جزاءات جنائية (م ٢٥).

علاوة على ما تقدم نجد أن المشرع قد شبه البيع بالتقسيط (وهو ائتمان ممنوح من البائع نفسه) والبيع الإيجاري أو الإيجار المتضمن وعداً بالبيع بالقرض، وبالتالي يجب أن تتضمن هذه العقود نفس مهلة العدول (م ٢).

والمقترض في كل هذه الحالات يمكنه أن يطلب خفض المدة التي يستعمل فيها رخصة العدول وحتى تاريخ التسليم، ولكن يجب أن يتم ذلك طبقاً لشكلية دقيقة وبشرط ألا تتجاوز سبعة أيام ولا تقل عن ثلاثة أيام (مادة ل. ٣١١ـ٢٤ من نفس التقنين)[1].

---

(١) نجد أن المادة ١٢ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ تنص على أنه «على المشتري أن يطلب، عن طريق طلب صريح ومكتوب ومؤرخ وموقع من جانبه، التسليم أو التوريد المباشر للمال أو القيام بالخدمات المطلوبة» واللائحة التنفيذية لهذا القانون قد حددت الألفاظ التي يجب أن يكتبها المشتري على النحو التالي «أطلب تسليمي فوراً (أو استفادتي الفورية من الخدمات المطلوبة) وأقر بأنه تم إخطاري بأن هذا الطلب يترتب عليه تخفيض المدة القانونية للعدول. وأن هذه المدة ستنتهي بيوم تسليم المال (أو بتنفيذ الأداء) ودون أن تقل عن ثلاثة أيام ولا تزيد عن سبعة أيام» وهذه ليست مجرد توجيهات إنما عدم احترام هذه الشكلية حرفياً يؤدي إلى عدم إنقاص المدة انظر في ذلك

Civ. 1, 31 mai 1988, Bull. I. no 166, D.,88, som. 405, note J.L. Aubert, J.C.P. 78. IV. 227.

وهذا الوضع أيضاً بالنسبة لقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والمسمى بقانون Scrivener II والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقاري انظر

F. Collart. Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 49 p. 43 et s.; Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit; no 100 p. 76.

وانظر دراسة تفصيلية وتحليلية لكل هذه المستجدات وأثرها على أحكام القانون المدني نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الإشارة إليه ص ٨٢ وما بعدها، ودراسة=

وأخيراً جاء قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والمسمى بقانون Neiertz والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الإسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر في فرنسا لينص على مهلة عدول قدرها سبعة أيام لكل عقد عرفي محله اكتساب، أو إنشاء عقار جديد للسكن، أو الاكتتاب في أسهم بغرض التخصيص للانتفاع أو للملكية في عقارات جديدة للسكن (مادة ل. ٣٣٢ـ٣ من تقنين الاستهلاك)[١].

مهلة التروي:

تنص المادة ٧/ ١ من القانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والمسمى بقانون Scrivener II والخاص بحماية المقترضين في مجال الائتمان العقاري قد نصت على أن تسليم العرض بالقرض يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط خلال مدة لا تقل عن ٣٠ يوماً. كما أن المادة ٩ من هذا القانون أعطت للمتصرف إليه المحتمل عندما يحتاج للاقتراض مهلة مدتها عشرة أيام للتروي قبل قبول عرض الائتمان. كما أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ يفرض على المقترض الإبقاء على عرضه المسبق خلال مدة خمسة عشر يوماً.

وكل ذلك بطبيعة الحال له تأثير مباشر على عقد البيع الذي خصص القرض لتمويله حيث أن هذا البيع لا يصبح نهائياً إلا بعد القبول النهائي للقرض. كما أن هناك تبعية متبادلة بين العقدين كما سنرى.

وتنطبق نفس هذه القواعد على البيع الإيجاري، والإيجار المتضمن وعداً بالبيع (مادة ل. ٣١٢ـ٢٤ إلى ٣١٢ـ٣١ من تقنين الاستهلاك) وكذلك تنطبق على إيجار الأشغال طبقاً لقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤.

= انتقادية لها ص ٩١، وتحديد مدى هذا الأثر ص ٩٤، ودراسة تفصيلية لأثر هذه التشريعات على مركز المتعاقدين، وعلى نظام القرض ص ١٣١ وما بعدها.

(١) انظر دراسة تفصيلية لهذا القانون نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدني، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١ ص ٥٣ وما بعدها. وانظر
F. Collart, no 48 p. 43; Ph. Malaurie, no 100 p. 77.

في المرحلة الثانية: بالنسبة لمضمون أو محتوى العقد: الأصل أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون عقد البيع، بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد.

ومع ذلك نجد أن بعض التشريعات الحمائية في مجال الائتمان قد فرضت تضمين عقد البيع عدة شروط وخاصة بعدما فرض المشرع علاقة تبعية متبادلة بين عقود الائتمان وعقد البيع على نحو ما سنرى فيما بعد.

فمثلاً في فرنسا قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقاري اعتبر هذه الحماية متعلقة بالنظام العام ولكن اشترط للاستفادة منها كتابة المستهلك بخط يده عدة بيانات في عقد البيع ذاته (انظر المادة ١٨ من هذا القانون).

كما أن قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الإسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر حاول أن يجنب أي فرد أو أسرة الارتباط بعقود تتجاوز إمكانياتهم المالية[1]. فالمشرع يحث المستهلك على الدفع نقداً مع خصم في الثمن والذي يقع على عاتق البائع التزام بتنظيمه (مادة ١/٤ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨) كما أن هذا القانون فرض أو منع اشتراط شروط معينة. فمثلاً المادة ٥ من هذا القانون فرضت تسليم المشتري عن طريق الائتمان عرض مكتوب متضمناً محتوى محدد بدقة. كما أن مرسوم ٢٤ مارس ١٩٧٨ فرض على البائع الذي يقترح ضمان عقدي لعيوب الشيء المبيع أن يذكر صراحة في العقد أن المستهلك يستطيع في جميع الحالات التمسك بالضمان القانوني للعيوب الخفية. كما أن هذا القانون حاول أن يطهر العقود من الشروط التعسفية بأن اعتبرها غير مكتوبة (م ٣٥ وما بعدها). وقد خول المشرع لجنة الشروط التعسفية السلطة التنظيمية في تحديد ما يعتبر شروط تعسفية/ ثم صدر بعد ذلك قانون ١٠ مارس ١٩٩٣ قد اعترف أيضاً بطريقة ضمنية وغير مباشرة بسلطة القاضي في تكييف الشرط التعسفي. وأخيراً جاءت توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي في ٥ ابريل ١٩٩٣ لتفرض على الدول الاعضاء تقريب تشريعاتها في مجال الشروط التعسفية

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدني، السابق الإشارة إليه، ص ٩٨ وما بعدها.

التي يبرمها المستهلكين. وهذه التوجيهات حددت أنه يمكن اعتبار تعسفياً كل شرط لم يكن محل مفاوضات فردية بين المهني والمستهلك والذي تم اشتراطه للإضرار بهذا الأخير ونتج عنه عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد[1].

وبالمثل نجد أن قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ قد قرر حماية خاصة للمتصرف إليه في المحل التجاري. فقد فرضت المادة ١٢٥ منه على التزام بالتبصير والذي يترجم بتضمين عقد البيع عدة معلومات إلزامية. وقد نص القانون على هذه البيانات[2] كما نص على عدة جزاءات عند عدم دقة هذه البيانات وكذلك عند عدم ذكرها[3].

- في مجال مبدأ نسبية أثر العقد: الأصل أن العقد لا يلزم إلا أطرافه، وبالتالي فإن هذا العقد لا يمكن أن ينشيء على عاتق الغير التزام ولا يمكن - من حيث المبدأ - أن يكسب الغير حقاً.

كما أن الأصل عندما يبرم الشخص عدة عقود يظل كل عقد مستقل عن الآخر حيث لا توجد أدنى رابطة بينهما. فمثلاً لو اقترض شخص من أجل شراء منزل أو بناء منزل، فإن عقد القرض يبقى مستقلاً عن عقد البيع أو عقد المقاولة.

ومع ذلك فإن التشريعات الحمائية قد فرضت علاقة تبعية متبادلة بين عقد القرض وعقد البيع وبين عقد القرض وعقد التأمين على سبيل الضمان. كما أن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد فرض فكرة التضامن بين القروض المختلفة بشرط بلوغها نسبة مئوية معينة واتصالها بعلم كل المقترضين في مثل هذه الحالة يكفي المستهلك - المقترض أن يفشل أحد هذه القروض لتنهار العملية التعاقدية في مجموعها.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 97 p. 82 et s.

وانظر في التعليق على التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على القانون الداخلي نتيجة توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي كانون أول فبراير ١٩٩٥.

Rev. trim. dr. civ. (2) avr. juin 1995 p. 360 et S., et p. 437 et S.

(٢) انظر

F. Collart. Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 54 p. 48.

(٣) Ibid, no 55 p. 48.

وقد تترتب على التبعية المتبادلة بين عقد القرض وعقد البيع أنه في حالة عدم تمكن المشتري من الحصول على القرض يفسخ على الفور عقد البيع. كما أن المادة ٢/٩ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ ترخص للمقترض بأن يطلب وقف عقد الائتمان في حالة المنازعة في تنفيذ العقد الرئيسي. والمادة ٢٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ تعطي له نفس الحق في حالة المنازعة في تنفيذ الأعمال أو المبنى العقاري. كما أن عقد القرض ينفسخ إذا لم يلقَ المقترض قبولاً من جانب المؤمن في حالة إبرام عقد قرض مقترن بعقد تأمين على سبيل الضمان[1].

خطة الدراسة:

إن جوهر عقد البيع ومناطه التراضي، وأن هذا التراضي ينصب على المبيع والثمن. ولذلك سوف ترتكز دراستنا لعقد البيع على ثلاثة أركان، الفصل الأول التراضي، الفصل الثاني، الشيء المبيع، الفصل الثالث، الثمن. وهذا هو موضوع الباب الأول. وفي الباب الثاني ندرس صور خاصة للبيع.

(١) انظر تفصيل ذلك نبيل سعد نحو قانون خاص بالائتمان السابق الإشارة ص ١٣١، وبصفة خاصة ص ١٤٠ وما بعدها.

الباب الأول
أركان عقد البيع وشروط صحته

لكي ينعقد البيع صحيحاً يجب أن يستجمع ثلاثة أركان، الركن الأول، وهو التراضي، والركن الثاني، الشيء المبيع، والركن الثالث الثمن، ولنرَ ذلك بالتتابع. وفي ذلك تنص المادة ٣٨٨ موجبات وعقود على أنه «لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدون على نوع العقد وعلى المبيع والثمن».

الفصل الأول: التراضي

ولدراسة التراضي في عقد البيع باعتباره جوهره ومناطه يجب أولاً أن نعرض لوجود التراضي، ثم نبين بعد ذلك صحة هذا التراضي.

المبحث الأول: وجود التراضي

في هذا المبحث نعرض باختصار لكيف يتم التراضي بوجه عام، ثم نبين بعد ذلك بشيء من التفصيل صور هذا التراضي في مجال عقد البيع، وكذلك الأشكال الخاصة لعقد البيع. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: كيف يتم التراضي بوجه عام؟

في هذا المطلب سوف نقف على عناصر هذا التراضي من إيجاب وقبول، ثم نبين بعد ذلك موضوع هذا الإيجاب وذلك القبول، أي المسائل الجوهرية لعقد البيع دون المسائل التفصيلية، وأخيراً نتكلم عن اقتران الإيجاب والقبول لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد.

أولاً ـ الإيجاب والقبول:

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٧٣ موجبات وعقود على أن «صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشرائط العامة لصحة الموجبات العقدية».

كما تنص المادة ٣٨٨ موجبات وعقود على أن «لا يكون البيع تاماً إلا إذا

اتفق المتعاقدون على نوع العقد وعلى المبيع والثمن».

يجب لوجود التراضي أن يعبر شخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين في العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها، أي متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين. الإيجاب والقبول.

١ ـ الإيجاب في عقد البيع:

نحن نعلم أن الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[١].

ـ وعلى ذلك يجب لكي يكون هناك إيجاب في عقد البيع أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالته على إرادة التعاقد. بمعنى آخر يجب ألا يقصد به صاحبه استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد، إذ يكون ذلك دعوة إلى التعاقد، ودعوة إلى الدخول في مفاوضات. مثال ذلك أن ترسل منشورات تتضمن الإعلان عن بعض السلع دون تحديد أي سعر لها، أو عرض البضائع في واجهات المحلات أو بداخلها دون ذكر أي سعر لها[٢].

وإذا ترتب على هذه الدعوة إلى الدخول في المفاوضات، فإن هذه المفاوضات قد تطول وقد تقصر، وقد تنتهي إلى عرض بات من أحدهما، أي إيجاب يقبله الطرف الآخر فينعقد العقد، وقد تقطع المفاوضات دون أن تنتهي إلى شيء. والقانون لا يرتب في الأصل على قطع المفاوضات أثراً قانونياً، لكن هذا

---

(١) انظر نقض ١٩/٦/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١٠١٧.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن حكماً خاصاً لهذه الصورة في المادة ١٤٣ من حيث كانت تنص على أن «١ ـ يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً» «٢ ـ أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض» وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٥، قارن نقض ١٢/٣/١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ٤٩٢.

العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن هذا العدول بخطأ تقصيري.

والتحقق مما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع بغير رقابة عليه من محكمة النقض (التمييز) وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

وكون التعبير باتاً في دلالته على إرادة التعاقد لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية. فمثلاً إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معين على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد باقترانه بالإيجاب.

ـ ويجب لكي يكون هناك إيجاب في عقد البيع يجب أن يكون التعبير عن الإرادة كاملاً، بمعنى أن يتضمن الإيجاب المبيع والثمن، أي العناصر الجوهرية لعقد البيع. وهذا الشرط منطقي حيث إن انعقاد العقد يتحقق مثلاً في التعبير عن إرادتين متطابقتين، فبالتالي يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية لعقد البيع بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد.

المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية:

يتضح مما سبق أنه يكفي في الإيجاب في عقد البيع أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد وبالتالي لا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد، وبصفة خاصة المسائل التفصيلية.

فيكفي أن يعين الشيء المبيع والثمن تعييناً كافياً في العرض المقدم من البائع ولا يلزم أن يتضمن كافة شروط العقد المراد إبرامه، فلا يلزم تحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته مثلاً، ويجب أن يتوافر في هذه العناصر الجوهرية الشروط العامة السابق دراستها في نظرية الالتزام. وسوف نزيد دراسة هذه العناصر الأساسية إيضاحاً فيما بعد.

٢ ـ القبول في عقد البيع:

القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص

الذي تلقى الإيجاب. فالقبول هو الإرادة الثانية التي يتم بها العقد.

هذا القبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني. كما أن هذا القبول قد يكون صريحاً أو ضمنياً، كما أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان موصوفاً، أو اقترن بملابسات تكشف دلالته في القبول.

- يجب أن يكون القبول في البيع مطابقاً للإيجاب. وهذا منطقي حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتناول طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومعنى هذا التطابق هو أن كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر.

يترتب على ذلك عدة أمور، الأمر الأول، أنه لا يجوز أن يتضمن القبول أي زيادة أو نقص أو تعديل للإيجاب. فإذا تضمن شيئاً من ذلك كان رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجه الإيجاب الأول.

الأمر الثاني، يتعين أن يطابق القبول الإيجاب في كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية ما دامت مذكورة في الإيجاب. فيجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب بصدد الشيء المبيع، فإذا كان أحدهما يقصد أن يبيع منزلاً معيناً ويقصد الطرف الآخر شراء منزل آخر فإن العقد لا ينعقد لعدم تطابق القبول للإيجاب. كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب بصدد الثمن. ولذلك يجب أن يكون الثمن محدداً أو قابلاً للتحديد، أي هناك أسس يمكن تعيين الثمن طبقاً لها بالنسبة للطرفين. فإذا لم تتلاقَ الإرادتان حول الثمن المحدد، أو لم يتفق على أسس تعيينه فإن العقد لا ينعقد.

الأمر الثالث، إذا اتفق الطرفان على الشيء المبيع والثمن، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، كتحديد زمان ومكان التسليم ونفقاته مثلاً، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على هذه المسائل فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥ مدني مصري).

- يجب أن يتم قبول البيع في خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً،

لأنه لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول. ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين ما إذا كان البيع قد تم بين حاضرين أم بين غائبين:

فإذا كان البيع بين حاضرين، فإن الإيجاب الصادر لشخص حاضر، إذا لم يتضمن تحديداً لميعاد القبول، يسقط بعدول البائع طالما أن هذا العدول قد صدر قبل قبول المشتري له. أما إذا لم يعدل البائع عن إيجابه فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى الإيجاب قائماً إلى أن ينفض مجلس العقد حقيقة أو حكماً.

أما في البيع بين غائبين، فإنه يجب أن يتم قبول المشتري خلال الميعاد، الصريح أو الضمني، الذي يلتزم فيه البائع بالإبقاء على إيجابه، ويجب أيضاً أن يتصل بعلم البائع خلال هذا الميعاد (هذا في القانون المصري أما في القانون اللبناني فإن البيع ينعقد بمجرد إعلان القبول، ولذلك يكفي أن يصدر القبول في خلال الميعاد) فإذا لم يتصل القبول بعلم البائع إلا بعد انتهاء الميعاد في القانون المصري، أوإذا لم يصدر القبول إلا بعد انتهاء الميعاد في القانون اللبناني، فإن العقد لا ينعقد. هذا القبول المتأخر يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً للبائع حرية قبوله أو رفضه، فإذا قبله فإن العقد لا ينعقد إلا إذا اتصل هذا القبول بعلم المشتري في القانون المصري، وبمجرد صدوره في القانون اللبناني.

لكن يجب أن يلاحظ أنه إذا صدر القبول من المشتري في وقت مناسب بحيث كان يصل بحسب المألوف قبل انتهاء ميعاد الالتزام بالإيجاب إلى البائع، ولكنه تأخر في الطريق فوصل بعد الميعاد، وعلم البائع بكل ذلك وسكت، فيعد سكوته قبولاً للإيجاب الجديد، لأن مقتضيات حسن النية تفرض على البائع في هذه الحالة أن يخطر المشتري بتأخر قبوله، وبالتالي عدم انعقاد العقد، وذلك إذا لم يشأ أن يقبل هذا الإيجاب الجديد.

ـ والأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وعلى ذلك فمن يرفض إيجاباً وجه إليه لا يكون مسؤولاً عن هذا الرفض ولا يجوز البحث في بواعثه.

وهذا ما أكدته المادة ١٨١/١ موجبات وعقود لبناني بنصها على أن «من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض ولا يتحمل تبعة ما لامتناعه عن التعاقد».

لكن إذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد، كالتجار يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، فإذا استجاب أي شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد فإن هذه الاستجابة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد. فإذا رفض من وجه الدعوة إلى التعاقد وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه.

وهذا ما أكدته المادة ١٨١/١ موجبات وعقود لبناني. يقولها «بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك (المبدأ المقرر في الفقرة الأولى) إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أو رب العمل تجاه العمال) ففي هذه الحالة يجب أن يسند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول وإلا كان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه»[1].

ثانياً - اقتران الإيجاب بالقبول:

وعلى ذلك لا يكفي مجرد تطابق الإيجاب والقبول وإنما يلزم علاوة على ذلك اقتران الإيجاب بالقبول وذلك حتى ينعقد العقد[2] وتلاقي الإيجاب بالقبول هو الذي يحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد، وكذلك مكان هذا الانعقاد. وهنا سندرس القاعدة العامة، ثم بعد ذلك نعرض لبعض التطبيقات.

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن حكماً مماثلاً نصت عليه المادة ١٣٦ من المشروع، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٥ - ٤٦.

(٢) نقض ١٩/١/١٩٥٠ الطعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ ق، سعيد شعلة، السابق الإشارة إليه، ص ٤٦.
نقض ١/١/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ص ٩٣.

١ ـ القاعدة العامة في زمان ومكان انعقاد عقد البيع:

لتحديد زمان ومكان انعقاد عقد البيع يجب التفرقة بين: البيع بين حاضرين، والبيع بين غائبين.

أ ـ في البيع بين حاضرين:

ـ **فمن حيث زمان انعقاد العقد**: فإن عقد البيع ينعقد في الزمان الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب القائم في مجلس العقد، سواء كان هذا التعاقد قد تم بين عاقدين موجودين في المكان نفسه والزمان، أو كان التعاقد قد تم عن طريق الهاتف أو أي وسيلة مشابهة تسمح بأن يسمع أحد المتعاقدين الأخر مباشرة وفي الوقت نفسه، أي دون فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.

ـ **من حيث مكان انعقاد العقد**: فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة تواجد المتعاقدين حقيقة في مجلس العقد فإن اقتران القبول بالإيجاب القائم في هذا المجلس هو الذي يحدد هذا المكان. فإذا كان مجلس العقد في الإسكندرية يكون مكان انعقاد العقد الإسكندرية.

الفرض الثاني: التعاقد عن طريق الهاتف أو أية وسيلة مشابهة، حيث إن هذا التعاقد اعتبر تعاقداً بين حاضرين لوجود الاتصال المباشر بين العاقدين بالرغم من ذلك فإنه يباعد بينهما المكان، فهناك انفصال في المكان بين مكان البائع ومكان المشتري. ولتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن نفرق بين القانون المصري والقانون اللبناني في هذا الصدد.

في القانون المصري: ينعقد العقد حين يتصل القبول بعلم البائع (ولنفرض أنه موجود بالإسكندرية) إذ هنا تنعقد عقدة العقد، ويكون مكان انعقاد العقد المكان الذي يوجد فيه البائع (أي الإسكندرية).

في القانون اللبناني: تنص المادة ١٨٥ موجبات وعقود على «أن العقد الذي ينشأ بالمخاطبة التليفونية يعد بمثابة العقد المنشأ بين أشخاص حاضرين» «وحينئذ يعين محل إنشائه إما بمشيئة المتعاقدين أو بواسطة القاضي أو بحسب أحوال القضية» معنى ذلك أنه لا توجد قاعدة قانونية يتحدد بها مكان انعقاد العقد في هذه

الحالة. وعلى ذلك فإذا لم يتبين القاضي قصد المتعاقدين في تحديد مكان العقد صراحة أو ضمناً، سيلجأ إلى ذات القاعدة التي سيحدد بها مكان العقد بين الغائبين، فيعتبر العقد قد انعقد في مكان صدور القبول، أي المكان الذي يوجد فيه المشتري كقاعدة عامة.

ب - في البيع بين غائبين:

البيع بين غائبين هو البيع الذي يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما، ويفصل الزمن بين إيجاب أحدهما وقبول الآخر، وبذلك تمضي فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم البائع به. هذا الفاصل الزمني هو المميز الحاسم بين البيع في حضور الطرفين والبيع في غيابهما. ومن صور التعاقد بين غائبين البيع بالمراسلة، أي الذي يتم عن طريق رسول أورسالة أو عن طريق البرق أو أية وسيلة أخرى مشابهة من وسائل الاتصال الحديثة التي لا تسمح بالاتصال المباشر بين البائع والمشتري ويستلزم لذلك مضي فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول.

والقاعدة في زمان ومكان البيع بين غائبين يجب التفرقة بين القانونين المصري واللبناني.

في القانون المصري: القاعدة أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني بغير ذلك» «ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول» (م ٩٧ مدني مصري).

في القانون اللبناني: القاعدة أنه «إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض» (م ١٨٤ موجبات وعقود).

وعلى ذلك فإن تعيين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد بين غائبين يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين. فإذا لم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن أو نص خاص يتولى تعيين الزمان والمكان (انظر المادة ٥٩٢ موجبات فيما يتعلق بالتجديد الضمني لعقد الإيجار) انطبق حكم نص المادة ١٨٤ موجبات وعقود، فيعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القبول.

٢ - تطبيقات خاصة: البيوع التي تتم عن طريق الإعلان:

وهذه البيوع تأخذ عدة صور، وكل صورة لها حكم خاص بها.

أ - الإعلان المباشر عن البضاعة بطريق عرض البضائع:

في هذه الحالة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت البضائع معروضة دون أثمان:

- في هذه الحالة لا يعدو الأمر أن يكون دعوة إلى التعاقد، ولذلك عندما يدخل العميل إلى المحل ويطلب هذه البضاعة سوف يسأل عن مواصفاتها وأسعارها ثم بعد ذلك يعرض عرضاً على البائع يتضمن عناصر الإيجاب فإذا عدل فيه صاحب المحل أصبح هذا إيجاب جديد وهكذا دواليك إلا أن يستقر الأمر على عرض من أحدهم يقبله الطرف الآخر وفي هذه الحالة ينعقد العقد. وبذلك يتجدد زمانه ومكانه. وهذا التعاقد صورة من الصور التعاقد بين حاضرين.

- في هذه الحالة لا يجوز للبائع أن يرفض الإيجاب الذي تقدم به المشتري إلا إذا كان لديه مبرر مشروع وإلا يكون متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه. ويرجع ذلك إلى أنه بعرض البضائع في واجهة المحل يكون بذلك قد دعا الجمهور واستحثه على الإيجاب، فإذا استجاب أي شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد وكانت هذه الاستجابة تمثل إيجاباً وجب على التاجر قبول هذا الإيجاب وبالتالي ينعقد العقد، كل ذلك ما لم يكن لديه أسباب معقولة للرفض. (انظر المادة ١٨١/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

الفرض الثاني: إذا كانت البضائع معروضة مع أثمانها:

سواء كان هذا العرض في واجهات المحلات التجارية أو بداخلها. في هذه الحالة نكون أمام إيجاب ملزم بحيث إذا ما صادفه قبول انعقد العقد. وهذا الإيجاب يظل قائماً طالما بقيت البضائع معروضة وعليها أثمانها. لكن يستطيع البائع أن يعدل هذا الإيجاب طالما لم يتصل بعلم أحد وذلك عن طريق تغيير بطاقات الثمن أو حتى رفعها كلية قبل أن يتقدم إليه أحد للشراء. وهذا العرض

يعتبر تعبيراً صريحاً عن الإرادة باتخاذ موقفاً لا تدعه ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود وينتظر قبولاً مطابقاً حتى ينعقد العقد. وهذا التعاقد يعتبر أيضاً صورة من صور التعاقد بين حاضرين يتحدد زمان ومكان انعقاد العقد، بالوقت الذي تم فيه هذا التلاقي بين الإرادتين وبالمكان الذي يوجد فيه كل من البائع والمشتري.

ب ـ الإعلان المباشر عن البضائع عن طريق النشرات أو وسائل الإعلام:

إن تطور وسائل الاتصال قد صاحبه تطور مماثل في وسائل البيوع التي تتم عن بعد. وينصرف ذلك إلى البيع بالمراسلة وعن طريق النشرات والكتالوجات والإعلانات في الصحف، والبيع عن طريق التليفزيون أو أي وسيلة حديثة أخرى مشابهة.

ابتداء يجب أن نشير إلى أنه إذا كانت كل هذه الوسائل التي تعلن عن البضائع لم تبين أثمانها. فإن هذا لا يعدو أن يكون إعلاناً عن هذه البضائع. أما إذا كانت هذه الوسائل التي تعلن عن البضائع تتضمن أثماناً للبضائع المذكورة في الإعلان فإننا نكون بصدد إيجاب ملزم طوال المدة المحددة في الإعلان، أو المدة المعقولة التي تستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، أو حتى نفاذ الكمية المعلن عنها.

وبناء على ذلك عندما يعلن شخص عن رغبته عن شراء أحد هذه البضائع الواردة في وسائل الإعلان المختلفة يكون ذلك قبولاً ينعقد به العقد طالما صدر واتصل بعلم البائع خلال الميعاد المحدد على النحو السابق. (هذا في القانون المصري) ولكن ينعقد العقد في القانون اللبناني بمجرد صدور القبول من المشتري، ولا يجوز للبائع أن يتملص من هذا العقد تحت أي ذريعة كانت، كأن يدعي تغير الأسعار بالارتفاع بعد الإعلان عن هذه البضائع أو غير ذلك من أسباب.

لكن إذا وصل القبول إلى التاجر بعد المدة المحددة في وسيلة الإعلان، أو المدة المعقولة على النحو السابق بيانه عند عدم تحديد مدة، أو بعد نفاذ كمية البضاعة التي كان يعلن عن بيعها فإنه يعتبر قبولاً متأخراً لا ينعقد به العقد وإنما يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً موجه إلى البائع يكون له حرية قبوله أو رفضه. هذه

المشكلة لن تعرض في القانون اللبناني إلا إذا صدر القبول بعد الميعاد.

ويجب أن يكون القبول الصادر من المشتري مطابقاً تماماً للإيجاب، أي كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من المشتري، وبناء عليه إذا كان الإيجاب في وسيلة الإعلان قد تضمن طريقة معينة للوفاء بالثمن، كتقسيطه مثلاً، أو تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه وصدر القبول من المشتري على هذا النحو فإن البائع يلتزم بذلك ولا يجوز له التنصل منه. كما أنه إذا أعلن التاجر في وسيلة الإعلان عن بضائع غير موجودة عنده أو عن بضائع في طريقها إلى النفاد وصدر قبول مطابق لهذا الإيجاب في الميعاد فإن البائع يلتزم في هذه الحالة بتوريد هذه البضائع بأية كيفية كانت ولا يجوز له التذرع بعدم وجود رصيد منها عنده أو غير ذلك لأنه كان عالماً بموقفه التجاري تماماً وقت الإعلان.

هذا التعاقد في جميع صوره يعتبر تعاقد بين غائبين ويخضع لقاعدة تحديد زمان ومكان العقد على النحو السابق بيانه.

حماية المستهلك في هذه الصور من التعاقد:

حماية المستهلك هي الشغل الشاغل للمشرع في الدول المتقدمة في الوقت الحاضر. وقد استدعى ذلك شبكة من التشريعات تتضمن الكثير من النصوص الآمرة والمقترنة بجزاءات جنائية. وحماية المستهلك في مجال البيع عن بعد أو البيع في المنزل أخذت، في فرنسا مثلاً، عدة صور. فمنها ما يتعلق بوضع القيود على إعداد الفيش الخاصة بالعملاء المحتملين وذلك تحت رقابة اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات. كما أن القانون الجنائي قد تضمن جزاءات جنائية لمرسلي النشرات الإجبارية فتنص المادة (٤٠-١٢ من التقنين الجنائي الفرنسي على عقوبة جنائية على كل من يرسل أي شيء إلى المرسل إليه دون طلب مسبق منه ويصحبه برسالة تشير إلى إمكانية قبوله مقابل دفع ثمن معين، أو إرساله إلى المرسل، حتى ولو كان هذا الإرسال دون أية مصاريف على المرسل إليهم» كما أن هذه الحماية تم تنظيمها بطريقة مباشرة من خلال تبصير المستهلك أولاً ثم ترويه ثانياً على النحو السابق بيانه علاوة على أن الثمن يجب إبلاغ المستهلك به بطريقة محددة قبل إبرام

العقد[1]. ويجب أيضاً على المهني أن يبين للمستهلكين اسمه ومعاونيه المحددين (م ٥ من قانون ١٨ يناير ١٩٩٢) وإلا يقع تحت طائلة العقاب (مرسوم ٩ ديسمبر ١٩٩٢) علاوة على حق العدول الذي أعطاه المشرع للمستهلك على النحو السابق بيانه[2].

المطلب الثاني: صور خاصة بالتراضي

إذا كان حديثنا ينصب فيما سبق على التراضي البسيط، إلا أن الحياة العملية بتعقيدتها قد أفرزت إلى جانب ذلك تراض موصوف، كبيع المذاق، والبيع بشرط التجربة. كما أنه في بعض الأحيان لا يتم إبرام عقد البيع بصفة فورية ونهائية، إذ قد يمهد له عقود معينة قبل إبرامه بصفة نهائية، كالوعد بالبيع أو بالشراء، والبيع الابتدائي، والبيع بالعربون. وإذا كان الغالب أن يقوم الأطراف بإبرام عقودهم بالبيع والشراء بأنفسهم، إلا أنه في بعض الأحيان قد يتم البيع أو الشراء بواسطة نائب عنهم، سواء كان نائباً اتفاقياً أو قانونياً. ولنعرض لهذه الصور الخاصة لنتعرف على مدى انطباق القواعد العامة عليها.

أولاً - البيوع المشيئية:

القاسم المشترك في هذه العقود أنه رضاء المشتري أو تعيين الشيء قد لحقه وصف معين. فالمشتري له رخصة في قبول أو رفض البضائع وفق تقديره ومشيئته. وهذه العقود ترد دائماً على المنقولات وهذه العقود تنصرف إلى البيع بشرط المذاق La vente à la dégustation، والبيع بشرط التجربة La vente à l'essai. ويعتبر بيع المذاق نموذجاً لبيع المشيئة لأن الرخصة الممنوحة للمشتري يتوقف استعمالها على محض تقديره الشخصي.

١ - بيع المذاق[3]:

تنص المادة ٤٢٢ مدني مصري على أنه «إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان

---

(١) انظر في فرنسا القرار الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٨٧ والخاص بإعلام المستهلك عن الثمن، الجريدة الرسمية ١٩٨٧/١٢/١٠.

(٢) انظر F. Collart Dutilleul., Ph. Delebecque, op.cit, no 104 p. 89,90.

(٣) J. Huet, op.cit, no 11168 p. 115.

للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان».

وتنص المادة ٣٩٢ موجبات وعقود على «أن البيع على شرط الذوق لا يعد تاماً ما دام المشتري لم يقبل المبيع».

ومجال البيع بشرط المذاق في الوقت الحالي ينحصر في بيع المأكولات والمشروبات حيث تختلف بصددها الأذواق.

وفي هذا البيع لا يكفي التراضي على المبيع والثمن حتى ينعقد العقد وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يتذوق المشتري المبيع حتى يرى مدى ملاءمته لذوقه الشخصي. وهذا هو الطابع الخاص لهذا البيع، ويصدق ذلك على بيع الزيوت، والخل والزيتون والمشروبات الروحية وغير ذلك مما يتوقف شراءه على مذاقه.

وشرط المذاق قد يتضمن العقد شرطاً صريحاً عليه، وقد يقضي به العرف بالنسبة لبعض المأكولات أو المشروبات، كالشاي والنبيذ والجبن.. الخ. وشرط المذاق يعتبر ذو طابع شخصي محض. ولذلك قبول البيع أو رفضه يتوقف على محض مشيئة المشتري. وطالما لم يقم المشتري بتذوق الشيء فإن رخصة القبول أو الرفض تبقى قائمة.

وفي مجال الاشياء التي يتوقف شراؤها علي تذوقها فإن الأصل أن بيعها يكون بشرط المذاق، ما لم يتبين من الظروف المحيطة بالتعاقد أن البيع قد تم باتاً دون حاجة لتذوق المشتري للمبيع. والأصل أن الذي يقوم بالمذاق المشتري نفسه، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يقوم به شخص آخر ذو خبرة، كما هو الحال عند شراء الشاي بالجملة من مصادره.

والتكييف القانوني الصحيح لبيع المذاق، أنه إلى أن يتم المذاق يعتبر وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد. وهذا ما يدل عليه بوضوح نص المادة ٤٢٢ مدني مصري والتي تنص على أن «للمشتري أن يقبل البيع إن شاء..» فالبيع هو العقد الموعود به

الذي لا ينعقد إلا بعد المذاق. وكذلك المادة ١٥٨٧ فرنسي تنص على أنه «il n'ya point de vente»[1].

ويترتب على ذلك أن البائع يلتزم بمقتضى هذا الوعد من أن يمكن المشتري من تذوق الشيء، فإذا امتنع عن تنفيذ هذا الالتزام جاز للمشتري أن يحصل على حكم بإلزامه بالتنفيذ ودفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك فإن لم ينفذ بالرغم من ذلك حكم القاضي عليه بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ويراعى في هذا التعويض بطبيعة الحال، علاوة على الضرر الذي أصاب المشتري، العنت الذي بدا من البائع باعتباره عنصراً من عناصر التعويض في هذه الحالة.

وإذا كان بيع المذاق لا يعدو أن يكون وعداً بالبيع، وليس بيعاً، فإنه لا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري وإنما يبقى البائع هو المالك لهذا الشيء حتى يتم المذاق وإعلان المشتري قبوله للبيع في المدة المعينة ولا ينعقد البيع الناقل للملكية إلا من وقت الإعلان (م ٤٢٢ مدني مصري) ويترتب على ذلك أن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك خلال مدة الوعد.

وإذا لم تكن البضاعة تلائم ذوقه الشخصي، فإن العقد لا ينعقد ولا يجوز للمشتري أن يطلب بضائع أخرى غيرها، كما أن البائع لا يستطيع إثبات ملاءمة البضائع المقدمة إلى المشتري.

وعلى المشتري إذا قام بتذوق المبيع أن يعلن قبوله الشراء، إذا رغب فيه، في المدة المعينة اتفاقاً أو عرفاً، وينعقد العقد من وقت هذا الإعلان. لكن إذا ما انقضت هذه المدة دون أن يبدي المشتري رأياً فإن ذلك يعتبر بمثابة رفض للبيع ويسقط بذلك الوعد.

٢ ـ البيع بشرط التجربة:

تنص المادة ٤٢١ مدني مصري على أنه «١ ـ في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض

(١) انظر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 104, p. 82.

المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً».

«٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ».

ـ وتنص المادة ٣٩١ موجبات وعقود على «أن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً على شرط التعليق».

بيع التجربة إذاً هو البيع الذي يتفق فيه صراحة أو ضمناً على احتفاظ المشتري بحق تجربة المبيع، وعلى ذلك فإن حق التجربة لا ينشأ من طبيعة المبيع، أو ينشأ بحكم القانون، بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو قد يستخلص مما جرت به العادة في بيع بعض الأشياء التي تحتاج بطبيعتها إلى تجربة، وهي غالباً الاشياء التي لا يكون لدى المشتري معرفة جيدة بها وخاصة الاشياء المعقدة في الوقت الحاضر[١].

والمجال المختار لبيع التجربة السيارات والآلات الميكانيكية والموسيقية والأثاث والحيوانات وغير ذلك[٢].

---

(١) في فرنسا مثلاً لم تجرِ العادة على تجربة الكمبيوتر وهذا ما أكدته المحاكم انظر
Taulouse, 5 déc. 1979, J.C.P. 80. IV. 392.
حيث قررت ذلك بطريقة قاطعة، وذلك على أساس أن بيع الكمبيوتر مع تجهيزاته يستلزم بالضرورة إعداد برامج سابقة وبالتالي يستبعد بطبيعته الخاصة كل شرط للتجربة.

(٢) الفقه في فرنسا يميز بين البيع بالتجربة وبيع المذاق على أساس بيع المذاق يفترض وجوده، ما لم يجد شرط صريح يستبعده، عندما تكون خصائص الشيء وصفاته ذات طبيعة شخصية جداً لا يمكن تقديرها إلا بتذوقها مثل التسجيلات الموسيقية، كلاب الصيد، خيل السباق، الملابس التي تحتاج إلى قياس. وعلى عكس ذلك في بيع التجربة حيث إن خصائص الشيء وصفاته ذات طبيعة موضوعية لا يمكن التحقق منها إلا عن طريق تجربتها، مثل ذلك السيارات والآلات. ويترتب على ذلك أن بيع المذاق يتوقف على التقدير الشخصي المطلق للمشتري ويعتبر لذلك بيعاً فورياً، أما بيع التجربة التقدير ليس فيه شخصي محض كما أنه يحتاج إلى مرور فترة من الزمن للقيام بالتجربة =

وشرط التجربة في عقد البيع يهدف منه عادة، التحقق من مدى ملاءمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية. ولذلك يكون للمشتري حرية القبول أو الرفض دون معقب. وهذا ما يستفاد من صياغة نص المادة ١/٤٢١ مدني مصري والتي تنص على أن «في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه. . .» كما أن المذكرة الإيضاحية للنص قد أكدت ذلك بقولها « . . . وللمشتري حرية القبول أو الرفض. فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة. . . فإن المفروض أن يكون المبيع من الاشياء التي يتطلب منها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية، فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك. . .»[1]. وبذلك يكون المشرع المصري قد جارى التقنيات الجرمانية في هذا الصدد[2] وابتعد بذلك عن أحكام التقنين المدني الفرنسي[3].

وإذا كانت هذه القاعدة في القانون المدني المصري قد أقرت الغالب المألوف من الحالات إلا أنها تعتبر قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فهي لا تسري إلا إذا لم يتفق على خلافها صراحة أو ضمناً[4]. فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى أن

= انظر

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, op. 104 p. 31 et no 105 p. 82.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٢٦.

(٢) انظر م ٤٩٥ من التقنين الألماني، م ١٠٨٠ معدلة من التقنين النمساوي، وم ٢٢٣ من التقنين الالتزامات السويسري، م ٣٣٩ من التقنين البولوني (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٦).

(٣) انظر في موقف المشرع الفرنسي من ذلك والتفرقة الدقيقة التي يجريها الفقه بين بيع المذاق وبيع التجربة

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 103 p. 81 et S.

ويعتبر أن تجربة المشتري المحتمل لسيارة قبل الشراء لم يعبر بعد عن إرادته وبالتالي لا يوجد عقد بينه وبين البائع. ولذلك تذهب المحاكم في حالة وقوع حادث أثناء تجربة هذه السيارة لمن يجربها فإن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية، ويعتبر البائع حارس لأن ما زال له سلطة السيطرة والتوجيه على الشيء.

Civ. 2, 19 mai 1969, Bul. II no 161, J.C.P.69. II. 16105.

وانظر أيضاً

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 87, p. 76 et S.

(٤) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٨٥، ٨٦، السنهوري، =

يكون شرط التجربة مبني على اعتبارات موضوعية تتعلق بمدى ملاءمة المبيع لغرض معين، وعندئذ يجوز للبائع إذا رفض المشتري المبيع بعد التجربة أن يتظلم من هذا الرفض وتستعين المحكمة في هذه الحالة بأهل الخبرة لمعرفة مدى ملاءمة المبيع للغرض الذي أعد له لتقضي بتحقق الشرط أو تخلفه.

ومقتضى شرط التجربة أن يقوم البائع بتمكين المشتري أو من ينيبه في ذلك من تجربة المبيع، فإذا امتنع فإنه يمكن جبره على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً باعتباره التزاماً بعمل طبقاً للقواعد العامة، وإلى أن يقوم المشتري بالتجربة فإن البائع يظل مالكاً للشيء ويتحمل بالتالي تبعة هلاكه بالرغم من أنه قد يكون سلم الشيء إلى المشتري. هذا ما لم يكن مدة التجربة قد انقضت، هذا على اعتبار أن البيع معلقاً على شرط واقف بحسب الأصل (م ٢/٤٢١ مدني مصري) يجب على المشتري أن يقوم بتجربة الشيء بطريقة أمينة خلال المدة المتفق عليها صراحة أو ضمناً، أو المدة المعقولة التي يحددها البائع في حالة عدم وجود اتفاق عليها. ومعقولية المدة أمر متروك تقديره للقاضي عند الاختلاف بين البائع والمشتري، وأن يعلن البائع بقبوله أو رفضه خلال هذه المدة. ويكون للمشتري، بصفة عامة، خلال مدة التجربة حقوق والتزامات المودع لديه[1]، فإذا انقضت المدة السابقة دون أن يبدي المشتري رأياً بالقبول أو الرفض فإن المشرع اعتبر سكوته هذا قبولاً للبيع (م٤٢١/١ مدني مصري).

والأصل أن للمشتري حرية القبول أو الرفض دون معقب، فلا يجوز للبائع أن يطلب تعيين خبير لإثبات ملاءمة المبيع للغرض الذي أعد له للمشتري، هذا ما لم يكن قد اتفق على ذلك صراحة أو ضمناً.

والتكييف القانوني لبيع التجربة بحسب الأصل أنه بيع معلق على شرط واقف هو قبول المبيع، هذا ما لم يتبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (م ٢/٤٢١ مدني مصري) معنى ذلك أن بيع التجربة يكون معلق على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع في المدة المعينة، فإذا قبل المشتري المبيع بعد تجربته أو

= الوسيط، جـ ٤، فقرة ٦٨ ص ١٣٠، ١٣١، سمير تناغو، فقرة ٢١ ص ٨٧.

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 105 p. 82.

تسكت عن ذلك وانقضت المدة[1] فإن البيع يصبح باتاً بتحقق الشرط الواقف. ويعتبر البيع باتاً بأثر رجعي من وقت إبرام البيع وليس من وقت تحقق الشرط. أما إذا رفض المشتري المبيع فإن الشرط الواقف يتخلف ويزول البيع بأثر رجعي[2].

أما إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ، فإن الشرط الفاسخ هو رفض المشتري أو عدم قبوله، معنى هذا أن البيع يوجد ويرتب آثاره، أي يكون نافذاً منذ إبرامه ولكنه مهدد بالزوال، وبناء عليه إذا قبل المشتري المبيع أو سكت وانقضت المدة فإن الشرط الفاسخ يتخلف فيتأكد العقد ويزول الخطر الذي كان يتهدده، أما إذا رفض المشتري فإن الشرط الفاسخ يتحقق وبالتالي يزول البيع بأثر رجعي.

وإذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ فإن مقتضى نفاذه أثناء مدة التجربة أن يكون المشتري هو المالك للمبيع تحت التجربة وإن كانت ملكيته مهددة بالزوال إذا ما تحقق الشرط الفاسخ. ولذلك فإذا هلك الشيء المبيع لسبب أجنبي خلال مدة التجربة فإنه يهلك على المشتري، أي على مالكه، حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك، إذ المشرع يستثني هذه الحالة من الأثر الرجعي طبقاً لنص المادة ٢/٢٧٠ مدني مصري[3].

---

(١) حيث إن السكوت يأخذ حكم القبول طبقاً لنص المادة ١/٤٢١ مدني قارن مع ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٦٩ ص ١٣٤.

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي هذا التكييف على أساس أنه طالما أن الشرط لم يتحقق فإننا نكون في مرحلة التعليق وبالتالي لا يمكن تنفيذ العقد إلا بعد تحقق الشرط، طبقاً للمادة ٢/١١٨١ مدني فرنسي فكيف إذن نفسر استعمال المشتري للشيء المبيع قبل تحقق الشرط. بعض الفقهاء رأى في هذه الحالة أن هناك تعاقب لعقدين، أحدهما مؤقت (وهو بيع التجربة) والآخر نهائي (وهو البيع) انظر

R. Demogue, Des contrats provisoires, Etud H. capitant, Dalloz, 1938, pp. 159 et S.

وقارن عقد العمل المؤقت على سبيل الاختيار

Soc. 25 Janv. 1989, Bul. IV, no 57; D. 89. I.R.48.

إذ رأى البعض فيه طريقة لإبرام العقد على مراحل متتابعة (la punction)، أو أنه عقد مع رخصة إنهاءه بالإرادة المنفردة، انظر في كل ذلك

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 105 p. 82,83.

(٣) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٧٠ ص ١٣٤، ١٣٥ سمير تناغو، المرجع =

ثانياً ـ العقود التمهيدية[1]:

سبق أن رأينا أنه في بعض الأحيان لا يتم إبرام عقد البيع بصفة فورية ونهائية، إذ قد يمهد له عقود معينة قبل إبرامه بصفة نهائية، كالوعد بالبيع أو بالشراء، والبيع الابتدائي، والبيع بالعربون. ولنرَ كل ذلك بالشيء من التفصيل لنقف على كيف يتم التراضي في هذه الصور الخاصة.

١ ـ الوعد بالبيع أو بالشراء:

إذا كان الوعد بالبيع أو بالشراء عقداً إلا أنه يعتبر عقداً تمهيدياً لأنه يمهد لإبرام عقد آخر هو العقود الموعود به، عقد البيع.

وعلى ذلك فإن الوعد بالتعاقد يقف في مرحلة متوسطة بين الإيجاب الملزم والعقد النهائي. فالإيجاب تعبير عن إرادة منفردة بالرغبة في التعاقد، أما الوعد فهو عقد يتم بإرادتين تمهيداً لإنشاء عقد مقبل حينما يعلن الموعود له عن رغبته خلال مدة معينة، وعندئذ ينشأ العقد النهائي.

وفي هاتين الصورتين نجد أن عقد الوعد عقد ملزم لجانب واحد، البائع أو المشتري. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الوعد ملزم للجانبين، فيكون كل من الطرفين واعداً وموعوداً له، ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ الوعد بالبيع: عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء معين إذا أظهر الموعود له عن رغبته في الشراء خلال مدة معينة، وفي ذلك تنص المادة ١/٤٩٣ موجبات وعقود على «أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص إلى آخر لا يلتزم شراءه في الحال».

يتضح من ذلك أن موضوع عقد الوعد بالبيع ينصب أساساً على الخيار

= السابق، فقرة ٢١ ص ٩١.

(١) انظر في ذلك

F. Collart - Dutilleul, les contrats préparatoires à la vente d'immeubles thèse Tours. Siry 1988, V°aussi.

F. Collart - Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, no 59 p. 5, et S, J.Huet, op.cit, no 11179, p. 120.

المعطى للموعود له خلال مدة معينة. فالواعد قد التزم بصفة نهائية بينما الموعود له يستطيع بملء إرادته أن يعلن رغبته في الشراء من عدمه. فأهم ما يميز الوعد بالبيع الخيار المنوح للموعود له وبه يمكن أن نفرق بينه وبين الوعد الملزم للجانبين[1]. وفي ذلك تنص المادة ٢/٤٩٣ موجبات وعقود على أن «ومن طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل» وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ موجبات وعقود على أن هذا العقد «لا يولد موجباً ما على الموعود بل يلزم الواعد بوجه بات، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعود» وتنص المادة ١/٤٩٦ موجبات وعقود على أنه «عندما يصرح الشخص الموعود بعزمه على الشراء يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول رجعي». ويتم انتقال الملكية في يوم القبول». فبمجرد أن يعلن الموعود له رغبته يتحول الوعد فوراً إلى بيع، لكن ملكية الشيء المبيع قد تتراخى بعض الشيء، إما لحين دفع الثمن، إذا كان ذلك ليس بشرط لإعلان الرغبة، أو لحين التوقيع على العقد النهائي للبيع وتسجيله في العقارات.

وقد يشترط على الواعد عدم التصرف في الشيء الموعود به طوال فترة الوعد. وقد يكون ذلك في مقابل تعهد الموعود له بدفع تعويض عن عدم قابلية الشيء للتصرف، أو أن يقوم بدفع هذا التعويض بالفعل عند انعقاد الوعد، وذلك في حالة عدم إعلان رغبته في الشراء. وجود أو عدم وجود هذا التعويض، ما لم يكن مبلغاً كبيراً، لا يغير من طبيعة عقد الوعيد بالبيع باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد، طالما أن الخيار الممنوح للموعود له ما زال بدون مقابل حقيقي[2].

عدم التيقن من استعمال الموعود له الخيار الممنوح له، يضاف إليه غالباً شرط واقف، مثال ذلك شرط الحصول على قرض لتمويل اكتساب ملكية الشيء.

وبالرغم من ذلك فإن الوعد بالبيع يعتبر من أكثر العقود التمهيدية شيوعاً لما يحققه من أغراض مختلفة للواعد والموعود له. فبالنسبة للموعود له قد يمثل مهلة تروي قبل الإقدام على البيع، أو قد يمكنه من تذليل بعض العقبات التي تعترض شراءه للشيء المبيع، أو يشجعه على الإقدام على بعض الأعمال المتعلقة بالشيء

---

(١) انظر

Civ. 3, 23 Janv. 1991, Bull III, no 39; D. 92.457, note. I-Najjar; J.C.P. 91. IV.110.

(٢) Com. 25 avr, 1989, Bull IV, no 136; J.C.P. 89. IV. 241.

المبيع، كقيام المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، أما بالنسبة للواعد فقد يضمن مشتري للشيء المبيع وخاصة في أوقات الكساد، أو أن يكون الثمن المعروض عليه مغرياً ولا يرغب في تفويت هذه الفرصة، خاصة إذا ترجح لديه إمكانية الموعود له من الشراء.. وغير ذلك. ومع ذلك يأخذ بعض الفقهاء على هذا العقد بأنه يسمح بالتحايل والغش(١).

ـ **شروط عقد الوعد**: حيث إن الوعد بالبيع عقد فإنه يتعين لانعقاده أن تتوافر فيه **الشروط العامة** من وجود الرضى، وكذلك صحة الرضى بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في المحل والسبب.

أما فيما يتعلق **بالأهلية** فإنه يجب التمييز بين:

ـ **أهلية الواعد**، فحيث إن الوعد بالبيع يتضمن تعبيراً من جانب الواعد عن إرادته في إبرام البيع، لذا يجب أن يتوافر فيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيع، حيث إنه يلتزم فيه بصفة نهائية ولذلك إذا تم البيع بإعلان رغبة الموعود له فإن هذا البيع يبقى صحيحاً حتى ولو فقد الواعد أهليته وقت انعقاد البيع، لجنون أوعته مثلاً، ويلتزم القيم بتنفيذ التزامه. كما يجب أن تكون إرادة الواعد سليمة وخالية من العيوب وقت صدور الوعد.

ـ **أهلية الموعود له**: بالنسبة للموعود له الأمر يختلف فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز، حيث إن الوعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهو الواعد ويتمحض لمصلحة الموعود له. كما أنه لم يصدر منه وقت الوعد رضاء بإبرام البيع.

ـ **الشروط الخاصة**: الوعد بالبيع بحسب طبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً لإبرام البيع، أي أنه ليس مقصوداً في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إلى عقد آخر، وهو البيع، لذلك نجد أن هذه الطبيعة تقتضي شروطاً خاصة يجب

---

(١) انظر

M. Dagot, Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente, J.C.P. 1980. I. 2986; F. Benac - schmidt, le contrat de promesse unilatérale de vente, thèse Paris I, L.G.D.J, 1983, préf. J.Ghestin, note 1, no 182-226.

توافرها في الوعد بالبيع. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: يجب أن يتضمن الوعد بالبيع جميع العناصر الجوهرية لعقد البيع[1] فيجب أن يعين المبيع تعييناً نافياً للجهالة وأن يكون داخلاً في دائرة التعامل ومملوكاً للبائع. كما يجب أن يكون الثمن محدداً في عقد الوعد أو على الأقل يتضمن هذا العقد بيان الأسس التي بمقتضاها يمكن تحديده فيما بعد (م ٤٢٣ مصري).

الشرط الثاني: تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام عقد البيع، وهذه المدة قد تحدد صراحة، كشهر أو سنة، أو ضمناً كان يمكن استخلاصها من ظروف الاتفاق. وإذا لم يتعين الوعد على ميعاد صريح أو ضمني لإعلان الرغبة فإن هذا الوعد يقع باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر قانوني[2].

في القانون اللبناني: لم يستلزم المشرع في قانون الموجبات والعقود مدة معينة لإعلان الرغبة خلالها بالنسبة للوعد ببيع المنقول. ولذلك يعتبر الوعد بالبيع صحيحاً ولو لم يتضمن تحديد مدة لإعلان الرغبة خلالها. لكن ما هو الموقف في هذه الحالة؟

من حيث المبدأ، إما يحدد الأطراف مدة معينة لإعلان الموعود له رغبته خلالها. وفي هذه الحالة يلتزم الموعود له بذلك. فإذا لم يعلن رغبته خلال هذه المدة لا ينعقد البيع ويسقط الوعد[3]. لكن إذا قبل الواعد مع ذلك إبرام البيع صح هذا البيع، واعتبر أنه قد تنازل عن المدة المتفق عليها[4].

---

(١) استئناف جبل لبنان رقم ١٠ تاريخ ٢٣/ ٤/ ١٩٩٢، عفيف شمس الدين، السابق الإشارة إليه، ص ٤١١، استئناف بيروت - إعدادي - تاريخ ٨/ ٧/ ١٩٩٣ نفس المرجع ص ٤٩٤، نقض ٢٣/ ١/ ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض، س ١٥ ص ١١٥ نقض ١٣/ ٤/ ١٩٨٧، رقم ١٤٥٢ سنة ٥٤، سعيد شعلة، ص ٧٢، ٧٣.

(٢) نقض ٦/ ٥/ ١٩٥٤، الطعن رقم ٢٠٢ س ٢١ ق، سعيد شعلة، ص ٦٩.

(٣) انظر
Civ. 1, 15 juin 1988, Rep. gén. du notariat. Defrénois 82, a, 32972, p.1531, note G. Vermellé.
بداية بيروت ٥ رقم ٥٧٢ تاريخ ١٥/ ١٢/ ١٩٨٠.

(٤) Civ. 1, 24 janv. 1995, Bull. I. no 53, J.C.L.95. IV. 751.

لكن من المتصور مع ذلك ألا يحدد الأطراف هذه المدة فماذا يكون الموقف في هذه الحالة بالذات؟ يمكن تصور ثلاث قواعد تكون واجبة التطبيق في هذه الحالة:

١ ـ يستطيع الواعد، بعض مضي مدة معقولة، أن ينذر الموعود له ويطلب منه أن يختار، بعد مدة معقولة أيضاً، إما قبول البيع أو رفضه. وهذا نوع من التنبيه اللازم لإنهاء العقد غير المحدد المدة.

٢ ـ إذا لم يفعل الواعد ذلك، فإن حق الموعود في إعلان رغبته يسقط بمرور عشر سنوات من يوم الوعد.

٣ ـ يمكن أن تستخلص المحاكم من ظروف خاصة أن الموعود له قد تنازل عن الشراء[1].

هذا هو الموقف في القانون الفرنسي والذي لم يتضمن أيضاً تحديداً لمدة إعلان الرغبة يمكن للقضاء اللبناني الاستفادة منه لوحدة الحكم في القانونين.

أما بالنسبة لوعد البيع العقاري فإن المشرع استلزم تحديد المهلة التي يتسنى لصاحب الوعد في أثنائها أن يقرر الشراء. وقرر أنه لا يجوز أن تتجاوز هذه المهلة خمس عشرة سنة. وإذا اتفق الطرفان على مهلة تتعدى الخمس عشرة سنة، يكون الوعد صحيحاً إنما لا يكون له مفعول إلا مدة خمس عشرة سنة (م ٢٢٠ ملكية عقارية).

وعلى ذلك يعتبر تحديد مهلة شرط جوهري لصحة عقد الوعد بالبيع العقاري. فإذا لم يتم الاتفاق على هذه المهلة وقع الوعد باطلاً.

ـ **آثار عقد الوعد**: وللوقوف على آثار الوعد بالبيع يجب التفرقة بين

(١) Civ. 3, 24 avr. 1970, Bull. III, no 279, D. 70, som. 176; Rev. trim. dr. civ. 71.133, note Y.Loussouarn.

وفي هذا الحكم أكدت المحكمة «أنه في حالة عدم تحديد أي مدة لإعلان الرغبة فإن الواعد لا يستطيع أن يعدل عن تعهداته بدون إعذار مسبق للموعود له يطلب منه فيه قبول أو رفض البيع خلال مدة معينة أو يثبت تنازل الموعود له عن الاستفادة من الوعد» ومع ذلك ذهبت محكمة فرساي

Versailles, 8 nov. 1991, D.93, som. 233, note crit. G. Paisant,

إلى أن الواعد يستطيع في أي لحظة أن ينهي التزامه الشخصي غير المحدد المدة، بشرط عدم التعسف في حق الإنهاء بالإرادة المنفردة المقرر له.

مرحلتين: المرحلة السابقة على إبداء الموعود رغبته، والمرحلة التالية لإبداء الرغبة أو حلول الميعاد.

المرحلة الأولى: المرحلة السابقة على إبداء الموعود له رغبته. إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة للوعد فإنه يترتب عليه التزام الوعد بالقيام بما يلزم لإبرام البيع، إذا ما أظهر الموعود له رغبته في إبرامه في المدة المحددة. والجدير بالملاحظة أن الواعد بإبرامه للوعد يكون قد عبر فعلاً عن رضاه بالبيع، وليس هناك حاجة لأن يعبر عن رضى جديد بذلك العقد. وإنما عليه التزام بالامتناع عن القيام بأي عمل يحول دون إبرام البيع. ولنرَ تطبيق ذلك تفصيلاً.

- بالنسبة للواعد: نجد أن الواعد يلتزم بألا يتصرف إلى الغير في الشيء الذي وعد ببيعه طوال مدة الوعد، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعود له.

ويتضح مما سبق أن الوعد بحسب وضعه وطبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً يهدف إلى إبرام البيع، وبالتالي فإنه ليس إلا مجرد وسيلة للوصول إلى هذا العقد. وعلى ذلك فإن عقد الوعد بالبيع ليس بيعاً بل هو عقد آخر مستقل ومتميز عنه تماماً. ولذلك فإنه طالما أن عقد البيع لم ينعقد بعد، فإن الالتزامات التي يرتبها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد. فلا يلتزم الواعد بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه. فهذه الالتزامات لا تترتب إلا على عقد البيع لا على مجرد الوعد بإبرامه. ويترتب على ذلك:

١- لا تنتقل الملكية إلى الموعود له بمجرد الوعد ولو كان الشيء منقولاً معيناً بالذات، بل تظل الملكية للواعد.

٢- إذا هلك الشيء قبل أن يبدي الموعود له رغبته في شرائه، كان الهلاك على الواعد بوصف كونه هو المالك، ولن ينعقد العقد الموعود به لتخلف المحل.

٣- ليس للموعود له أي حق عيني على الشيء موضوع التعاقد الموعود به. ويترتب على ذلك إذا تصرف الواعد في الشيء إلى الغير على خلاف وعده للموعود له، فلن يكون للموعود له حق تتبع، ولكن له الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه الناشيء عن عقد الوعد.

هذا ما أكده **المشرع اللبناني** في المادة ٤٩٥ موجبات وعقود بنصها على أنه

«إذا تفرغ الواعد لشخص ثالث عن شيء منقول بالرغم مما التزمه، فهو يملك المتفرغ له ذلك الشيء لكنه يستهدف لأداء بدل العطل والضرر إلى الشخص الموعود لعدم قيامه بالموجب الذي التزمه».

كما يكون للموعود له الحق في التعويض من المتصرف إليه إذا كان سيء النية على أساس إقدامه على التعاقد مع علمه بالوعد يعتبر خطأ تنشأ عنه مسؤوليته التقصيرية[1].

في حالة العقار حكم خاص في القانون اللبناني تنص المادة ٢٢١ ملكية عقارية على أنه «يتولد عن الوعد بيع عقار ما حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الأحكام الجارية على الحقوق العينية».

وعلى ذلك فإن الوعد ببيع عقار يولد للموعود له حق عيني، ليس حق ملكية، وإنما هو الخيار الناتج عن وعد بالبيع (م ١٠/١٢ ملكية عقارية) وهذا الحق تقرر إذن بنص القانون. وهذا الحق العيني لا ينشأ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية، إلا بعد أن يشهره وبقيده في دفتر الملكية. فإن لم يسجل الوعد بالبيع على هذا النحو فإنه لا ينشأ عنه إلا حق شخصي[2].

وتنص المادة ٢٢٢ ملكية عقارية على «أن الوعد ببيع عقار ما يمنع الواعد من بيع (التصرف aliéner) العقار أو من إنشاء حق عيني عليه غير التأمين، وذلك في أثناء المهلة المعطاة للموعود لأجل تقرير الشراء».

ويترتب على ذلك أنه لا يحتج بالتصرفات التي يجريها الواعد بشأن العين الموعود بيعها على الموعود له صاحب حق الخيار طالما أن هذه التصرفات قد تمت بعد قيد الموعود لحقه في أثناء المهلة المعطاة للموعود لأجل تقرير الشراء. ويستثنى من هذه التصرفات طبقاً لنص المادة ٢٢٢ التأمين Hypothèque أي التأمين الرضائي أو الرهن العقاري. وهذا الاستثناء له ما يبرره حيث أنه يحافظ على القدرة الائتمانية للواعد وفي نفس الوقت لا يضر بالموعود له، حيث إنه عند استعماله لخياره سيتم البيع وبالتالي تنتقل الملكية ويلتزم بدفع الثمن، وفي هذه الحالة يحل

---

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 113, p. 88.

(٢) انظر توفيق فرج، المرجع السابق فقرة ٤٤ ص ٨٧ هامش ٢.

الثمن حلولاً عينياً محل العقار المرهون وتتعلق به حقوق الدائنين ومنهم صاحب التأمين وذلك بحسب أولوية كل منهم. وبذلك يتطهر العقار من الرهن ويتنقل العقار إلى المشتري خالياً من كل حق كما كان عليه الحال عند قيد الوعد في دفتر الملكية. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٣ ملكية عقارية.

وإذا تعذر على الموعود له قيد الوعد في دفتر الملكية، لأي سبب كان، فإنه يكون من مصلحته إجراء قيد احتياطي يحافظ به على حقه، بصفة مؤقتة، حتى يتسنى له إتمام التسجيل القطعي للوعد، أو للعقد النهائي. والقيد الاحتياطي يحقق الفائدة للموعود له من ناحية. غل يد الواعد عن التصرفات في العقار طبقاً لنص المادة ٢٢٢ ملكية. عقارية وكذلك عدم الاحتجاج بتصرفات الواعد في العقار محل الوعد خلال مدة الوعد. ويسري الوعد على الغير حسن النية اعتباراً من تاريخ وضع إشارة القيد الاحتياطي بالوعد على صحيفة العقار العينية. ويشترط لنفاذ حق الموعود له في مواجهة الغير في هذه الحالة أن يتضمن كل البيانات الجوهرية للوعد بالبيع علاوة على اسم الموعود وعنوانه وإلا كان القيد باطلاً. وذلك كله بقصد حماية الغير الذي يتعامل على العقار بعد قيده احتياطياً وإلى حين معرفة النتيجة النهائية لهذا القيد[1].

والقيد الاحتياطي لا يمنع أيضاً قيام الواعد برهن العقار الموعود به رهناً عقارياً وإلى أن يتم إبداء الموعود لرغبته وذلك لنفس الاعتبارات السابقة. فإذا ما تم البيع ودفع الثمن يحدث حلول عيني للثمن محل العقار ويتعلق بهذا الثمن حقوق الدائنين المرتهنين حسب مراتبهم ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون دفع المشتري للثمن بين يد كاتب العدل حتى يكون هذا الوفاء صحيحاً. ثم يقوم كاتب العدل بتوزيع هذا الثمن وفقاً لما يقضي به القانون (انظر مادة ٢٢٤ ملكية عقارية).

كما أن القيد الاحتياطي له أهمية في حالة قيام نزاع بين الواعد والموعود ورفض الواعد القيام بما يلزم لإبرام البيع النهائي[2].

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٩١.
(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٩٢. والقيد الاحتياطي يختلف عن القيد العادي في أنه مؤقت، الغرض منه صيانة الحقوق عند النزاع. ويبطل مفعوله بانقضاء المدة التي يحددها القانون. ويبطل هذا المفعول في جميع الأحوال، إذا لم يتم =

٢ - بالنسبة للموعود له: الموعود له في هذه المرحلة ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق منشىء أو ترخيصي un droit formateur يكون للموعود له بمقتضى هذا الحق أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في إبرام البيع، وبذلك يستطيع أن يتوصل إلى انعقاد ذلك العقد، وبالتالي إنشاء الالتزام الناتج عنه في ذمة الواعد[1] هذا الحق ينتقل إلى الورثة، كما تنتقل التزامات الواعد إلى ورثته.

ويستطيع الموعود له أن يتنازل عن الوعد إلى شخص من الغير ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[2] وفي غالب الأحوال إمكانية التنازل يكون منصوصاً عليها في الوعد ذاته[3]. ويتلقى المتنازل له الخيار الذي كان مقرراً للموعود له، وأيضاً الالتزام بدفع تعويض عن عدم القابلية للتصرف عند عدم التقرير بالشراء، وذلك إذا كان متفقاً عليه[4].

المرحلة الثانية: المرحلة التالية لإبداء الرغبة:

إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإنه يتحقق بذلك تلاقي الإرادتين اللازم لانعقاد البيع، فينعقد العقد بمجرد ظهور الرغبة على أنه يشترط لذلك، طبقاً للقواعد العامة، أن تكون إرادة الموعود له التي عبر عنها بإبداء رغبته في البيع، مطابقة تمام المطابقة لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده، وإلا كان إبداء الرغبة إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الواعد[5] كما أنه يلزم أن يتوافر لدى الموعود له وقت إبداء رغبته الأهلية اللازمة للشراء. ويجب أن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب وقت إبداء الرغبة.

كما أن إظهار الرغبة لا يحتاج إلى شكل معين، فقد يكون صريحاً وقد يكون

= التسجيل القطعي بظرف الستة أشهر التي تلي تدوين القيد، وتظهر فائدة القيد الاحتياطي في أنه يعين رتبة الحق فيما بعد، اعتبار من تاريخ تدوينه وذلك متى تمت الإجراءات النهائية للتسجيل قبل أن يسقط بانتهاء المدة التي حددها القانون.

(١) انظر:

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 112, p. 87-88 F. Collart Dutilleul; Ph. Delébecque, op.cit, no 60, p. 52.

(٢) Civ. 31 janv. 1866, D.P.66. I. 69; S.66. I.152.

(٣) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 116 p. 90 note 31.

(٤) F. Collart Dutilleul, Ph. Delébecque, op.cit, no 63 p. 55.

(٥) نقض ١٦/١٢/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض، س ١٦ ص ١٢٩١ نقض ٢٧/ ٢/ ١٩٨٠ نفس المجموعة س ٣١ ص ٦١٨.

ضمنياً[١] ما لم يفرض المتعاقدين إتمامه في شكل معين (كخطاب موصى عليه وغير ذلك) وفي هذه الحالة يجب إحترام هذا الشكل وإلا يكون إبداء الرغبة مجرداً من أي أثر[٢] وفي فرنسا يغلب في الحياة العملية تعليق فاعلية إبداء الرغبة على دفع الثمن - مثلاً بين أيدي كاتب العدل الذي سيكتب عقد البيع - حتى يتجنب البائع مخاطر إعسار المشتري[٣] فإذا لم يدفع الثمن يصبح إبداء الرغبة لا قيمة له[٤].

وإبداء الرغبة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة للموعود له ولذلك لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواعد في خلال مدة الوعد، ووصولها إليه يعد قرينة على العلم به إلى أن يثبت العكس. وعلى ذلك فإذا لم يظهر هذه الرغبة أو لم تتصل بعلم الواعد قبل انقضاء هذه المدة، سقط الوعد بالتعاقد من فوره ومن تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً وذلك دون حاجة من الواعد أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار.

في القانون اللبناني: يكفي فقط إعلان الرغبة خلال مدة الوعد لينعقد عقد البيع.

موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام عقد البيع، إذا حصل الرضاء به في ميعاده، فالوعد بالعقد لا يسقط ولا يتأثر بموت الواعد أو فقد أهليته أو إفلاسه.

إذاً إبداء الرغبة على النحو السابق يترتب عليه انعقاد البيع دون أثر رجعي لتاريخ الوعد، كما أن انعقاد البيع بصفة نهائية لا يستتبع بالضرورة نقل الملكية. فنقل الملكية يمكن أن يتأخر بعد انعقاد البيع، علي سبيل المثال، إذا عقد الوعد جعلها تابعة لإبرام البيع في شكل رسمي، أو لدفع الثمن، أو لإتمام إجراءات

---

(١) أي يستخلص من الظروف

Civ. 25 nai 1949, D.49. 391.

وهذا ما يثير الصعوبات المعتادة لتفسير الإرادة الضمنية.

نقض ٦/٥/١٩٥٤ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١، سعيد شعلة، ص ٧٠.

(٢) Civ. 3, 7 jan. 1987, Bull III, no 7; J.C.P. 87. IV. 85, Gaz pal. 87.I, 64.

(٣) وهذا ما جرى عليه العمل بين كتاب العدل.

(٤) Civ. 3,10 déc. 1986, J.C.P. 87. II. 20857; D.87, I.R.,4.

التسجيل في العقار، أو أنه تضمن شرط لاحتفاظ بالملكية، أو كان محل الوعد أشياء معينة بالنوع. في هذه الحالات يكون الموعود له صاحب حق ملكية مضافاً إلى أجل، أو عند الاقتضاء معلقاً على شرط واقف طبقاً لما إذا كان الأمر المستقبل الذي يترتب عليه نقل الملكية، محقق الوقوع أو غير محقق الوقوع[1].

إذا انعقد عقد البيع، بإبداء الموعود له رغبته، فإنه يجب على الواعد تنفيذه، فإذا نكل كان للمشتري أن يقاضيه طالباً إلزامه بذلك، ويصدر حكم القاضي مقرراً انعقاد العقد من وقت إبداء الموعود له رغبته في التعاقد، وقاضياً بإلزام الواعد بتنفيذه.

إذا كان الوعد ببيع عقار، وانعقد عقد البيع بإبداء الموعود له رغبته، فإن مقتضى ذلك يجب على البائع تنفيذ عقد البيع وبصفة خاصة نقل الملكية، فإذا نكل وقاضاه المشتري طالباً صحة ونفاذ العقد، فإن حكم القاضي الصادر بصحة ونفاذ العقد متى حاز قوة الشيء المقضي يقوم مقام العقد النهائي في التسجيل.

في القانون اللبناني: إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء ينعقد البيع من وقت إبداء الرغبة طبقاً للقواعد العامة، ويستطيع المشتري عند رفض البائع القيام بما يلزم من إجراءات التسجيل أن يستصدر حكماً من القضاء بانعقاد عقد البيع ثم يقوم بتسجيل هذا الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي به (م ٢٢٧ ملكية عقارية).

وفي حالة وجود قيد احتياطي ورفض البائع، في أثناء المدة، تلبية دعوة المشتري ليعقد ويسجل هذه البيع النهائي فإنه يجب على المشتري أن يتخذ الإجراءات الآتية ليحفظ مفعول القيد الاحتياطي إلى ما بعد مهلة الخيار:

١ - أن يصرح كتابه، قبل انقضاء المهلة المذكورة، للبائع ولرئيس المكتب العقاري معاً برغبته في تقرير الشراء.

٢ - أن يرفع، في أثناء الخمسة عشر يوماً التي تلي تقرير الشراء، إلى المحكمة دعواه بطلب صدور الحكم بالفراغ النهائي، وتقام الدعوى على البائع ويجب إدخال رئيس المكتب العقاري في القضية (م ٢٢٦ ملكية عقارية) وبعد صدور الحكم في هذه الحالة يقوم المشتري بتسجيله متى حاز قوة الأمر المقضي به

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 119 p. 93.

(م ٢٢٧ ملكية عقارية)[1].

ـ حالة رفض البيع وتعويض عدم قابلية العقار للتصرف[2]: الموعود له يمكن أن يرفض البيع، وهو في ذلك يمارس حقه بإبداء رغبته في رفض تملك الشيء المبيع، وهو في ذلك لا يخل بأي التزام عليه، حيث إن له الخيار التام في القبول أو الرفض.

لكن في مجال الوعد بالبيع العقاري غالباً ما يتفق على أن يدفع الموعود له تعويض عن عدم قابلية العقار للتصرف خلال مدة الوعد، أو أن يتنازل عما دفعه عند إبرام الوعد وذلك إذا لم يبدِ رغبته في البيع. وهذا يستلزم الوقوف على مدى صحة مثل هذا الاتفاق، وما أثره على الوعد نفسه؟

ذهب بعض الفقهاء في البدية إلى أنه طالما أن الموعود له غير ملزم بتملك المبيع، فإن التزامه بدفع مبلغ من النقود يكون بغير سبب[3]. وهذا الرأي يخلط بين التعويض عن عدم قابلية العقار للتصرف والعربون أو الشرط الجزائي. وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية هذا التكييف وقررت أن الإلزام الذي يقع على الموعود له بدفع مبلغ من النقود له سبب وهو عدم التصرف في العقار الذي التزم به الواعد خلال مدة الوعد[4]: فهذا المبلغ ليس عربوناً ولا شرطاً جزائياً[5]. وبالتالي لا يخضع لنظام العربون أو الشرط الجزائي[6].

---

(١) وانظر في فرنسا

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 120 p. 93, F. Collart Dutilleul, Ph. Delebécque, op.cit, no 76 p. 67.

(٢) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 121 p. 93, F. Collart Dutilleul, Ph. Delebécque, op.cit, no 63 p. 55.

(٣) B. Boccara, De la nation de promesse unilatérale J.C.P. 1970. I. 2357.

(٤) Com. 23 juin 1958, Fish, Bul. III, no 269, D.58.581. note Ph. Malaurie.

(٥) Civ. 3, 5 déc 1984, Bull III, no 208, D.85.544, note F.Benac - Schmidt, J.C.P.86. II.20553, note G. Paisant, Rep. gén. du notariat Defrénois, 86, a. 33553 note J.M. Olivier, Rev. trim. dr. civ.85. 372 note J.Mestre, 592, note Ph. Rémy.

(٦) ويترتب على ذلك أن هذا التعويض لا يكون قابلاً للتعديل من جانب القاضي طبقاً لنص المادة ١١٥٢/٢ مدني فرنسي، لكن عندما ينص في العقد على ارتباط مبلغ التعويض بالمدة التي لا يجوز التصرف فيها في العقار، فثار التساؤل عن إمكانية خفض هذا المبلغ=

ولكن يبقى تساؤل هام عما إذا كان وجود مثل هذا التعويض سيحول الوعد الملزم لجانب واحد إلى وعد ملزم للجانبين؟ وما قد يترتب عليه ذلك من آثار قانونية[1].

الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي حيث إن الوعد، يبقى، من حيث المبدأ، ملزماً لجانب واحد بالرغم من وجود هذا التعويض لأنه ليس هناك تقابل بين التزام الواعد، والتزام الموعود له[2]، كما أن الموعود له لم يكن ملتزماً بالشراء. ولكن الموعود له يصبح ملتزماً بالشراء بطريقة غير مباشرة إذا كان مبلغ التعويض كبيراً بالمقارنة للثمن وبذلك تصبح حريته في الخيار، لقبول البيع أو رفضه، شكلية، ويكون الوعد بذلك ملزماً للجانبين[3].

أثر التشريعات الحمائية للمستهلكين على الوعد بالبيع:

فرض قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ (loi scrivener II) والخاص بالائتمان العقاري شرط واقف لمصلحة الموعود له (وهو الحصول على قرض). وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام وبالتالي لا يجوز للأفراد ترتيب هذا الشرط بإرادتهم[4]. ويمكن للموعود له أن يلتزم بدون قيد أو شرط إذا هو أعلن أنه لن يلجأ إلى الاقتراض،

= إذا تنازل الموعود له عن خياره قبل انتهاء هذه المدة؟ محكمة النقض الفرنسية سمحت في البداية بذلك

Civ. 3,5 déc. 1984. précité

ثم قضت بعد ذلك بأن هذا المبلغ يمثل تعويضاً مكتسباً بقوة القانون للواعد

Civ. 3,10 déc. 1986; J.C.P. 86.II. 20857, D.87. I.R.4.

وهذا يعني أنه لا يمكن تخفيضه إلا إذا اتفق على ذلك. والموعود له يحتفظ بالتعويض إذا كان رفضه للتقرير بالشراء مبرراً مثلاً لوجود عيب في الشيء، أو عدم مطابقة الشيء للشروط المتفق عليها.

Civ. 3,28 juin, 1987 Bull III, no 13 J.C.P. 84, IV. 112.

(١) انظر في هذه الآثار في القانون الفرنسي

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 123 p. 94.

(٢) Com.4 avr. 1972 Bull. IV, no 120.

(٣) Com. 13 fév, 1978, Bull. IV, no 60, Paris, 22 oct, 1990, D.93, som. 234. note G. Paisant.

(٤) Civ. 1,28 janv 1992, Bull I. no 35.

وهذا التنازل فرض القانون أن يكون في شكل معين (مادة ل. ٣١٢ـ١٧ من تقنين الاستهلاك) بأن اشترط القانون «أن يكتب الموعود له بخط يده» هذا التنازل[١].

ويمكن أن يتنازل أيضاً عن الشرط الواقف إذا هو قرر بالفعل الحصول على قرض[٢] وعلى ذلك عندما المستهلك الموعود له ينوي الحصول على قرض إذا هو قرر الشراء، فإن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ينعقد معلقاً على شرط واقف هو الحصول على قرض أو عدة قروض لضمان تمويله (مادة ل ٣١٢ـ١٥، ٣١٢ـ١٦ من تقنين الاستهلاك) فإذا لم يحصل المستهلك الموعود له على القرض فإن عقد الوعد يعتبر كأن لم يكن ويسترد الموعود له الأقساط وتعويض عدم قابلية العقار للتصرف. وهذا بطبيعة الحال يثير عدة مشاكل أولها كيفية التنسيق بين الخيار الممنوح للموعود له والشرط الواقف، وثانيها ما هو المقصود بكلمة الحصول على قرض[٣]؟.

ملحق: الوعد بالتفضيل Le pacte de préférence :

الوعد بالتفضيل يعتبر من العقود التمهيدية لأي عقد من العقود[٤] ولكن شاع استخدامه بصفة خاصة بصدد عقد بيع العقار، وكذلك بيع المحل التجاري[٥].

والوعد بالتفضيل اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود له في حالة بيع عقار معين إذا هو دفع نفس الثمن المعروض عليه.

(١) ومع ذلك يستطيع المشتري أن يثبت أن البيان المكتوب بخط اليد غير صحيح وأنه عند كتابة العقد كان عنده، وذلك بعلم من البائع، قصد طلب قرض

Civ 1, 10 mars. 1987, D. 87.577, note G. Morin, Rev. trim. dr. civ. 87. 779 note Ph. Rémy. D. 87 som 459 note J.L. Aubert, J.C.P. Notariale 87.II. 191 note Thuillier.

(٢) Civ. 3, 24 juin 1987, Bull III, no 132, D.88, som. 407 note J.L. Aubert.

(٣) انظر في عرض لهذه المشاكل

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit,no 125 p. 95 et no 126 p. 96.

(٤) انظر في الوعد بالتفضيل المتعلق بالتنازل عن أسهم في شركة

Com, 7 mars 1989, aff. Schviech, Bull. IV, no 79; D. 89. 231 concl. M. Jéol, note M.Reinhard, J.C.P. Entreprise, 89. II. 15517, no 1 note A. Viandier Rev des sociétes 89. 479, note L.Fougerolles.

(٥) انظر بصفة عامة

P.Voirin, Le pacte de préférence, J.C.P. 1954. I. 1192; M. Dagot, la pacte de préférence, Litec. 1988; J.G. Raffray, interprétation et rédaction des pactes de préférence, sem. jur. éd. N. 1991. I. 471.

والوعد بالتفضيل، كالوعد بالبيع، لا ينشيء للموعود له حق عيني[1] وإنما حق ترخيصي أو منشيء يكون للموعود له بمقتضاه أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في الحلول محل الغير الذي يرغب في الشراء، وعلى ذلك لا ينعقد هذا العقد إلا إذا توافر شرطان:

١ ـ أن يقرر المالك بيع العقار للغير.

٢ ـ الموعود له يقرر الحلول محل هذا الغير الذي يرغب في الشراء.

والوعد بالتفضيل غالباً ما يقترن بعقد آخر.

فمثلاً قد يتم في عقد إيجار ويتقرر لمصلحة المستأجر، وقد يتقرر في عقد هبة لأحد الأقرباء عندما يرغب الواهب ألا يخرج المال عن نطاق العائلة، أو في عقد شركة بالنسبة للحصة المقدمة وخاصة في الشركة ذات الطابع العائلي ولنفس السبب. وقد يتقرر في عقد بيع عندما يتفق على أن يكون للبائع الأفضلية في الشراء إذا ما قرر المشتري بيع هذا المال مستقبلاً. وهذا يختلف عن بيع الوفاء لأنه في الوعد بالتفضيل يبقى المشتري حراً في أن يبيع أو لا يبيع الشيء محل العقد بينما في بيع الوفاء نجده ملزماً بإعادة بيع الشيء المبيع إذا طالب البائع بذلك خلال المدة المتفق عليها، وبالتالي لا يخضع الوعد بالتفضيل في هذه الحالة لأي مدة قصوى يجب أن يتم فيها كما هو الحال في بيع الوفاء. ويمكن أن نصادف أيضاً الوعد بالتفضيل في حالة إذا ما تصرف المالك في جزء من العقار وأعطى المشتري الأفضلية في شراء الباقي. ويمكن أن يقترن الوعد بالتفضيل بعقد الرهن حيث يعطي الراهن الأفضلية للدائن المرتهن عندما يقرر بيع العقار المرهون.

والوعد بالتفضيل يشبه الوعد بالبيع من ثلاث جوانب:

١ ـ كل منهما من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث إن الواعد هو الذي يلتزم فقط بينما الموعود له لا يلتزم بشيء في المقابل.

٢ ـ يجب أن يكون الشيء معيناً في كل من العقدين.

(١) Civ. 1, 16 juil 1985, Bull I. no 224 .

٣- حق الموعود له قابل للانتقال والحوالة ما لم يوجد اتفاق ولو ضمني على خلاف ذلك، أو اعتبار شخصي[١].

ويختلف عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد من عدة جوانب أيضاً:

١- في الوعد بالتفضيل لا يلتزم الواعد بالبيع.

٢- في الوعد بالتفضيل الثمن غير محدد.

ويذهب الفقه بالرغم من ذلك إلى أن الوعد بالتفضيل صورة من صور الوعد بالبيع ولكنه عقد معلق على شرط واقف هو عرض العين للبيع[٢] وهذا ما يذهب إليه القضاء الفرنسي[٣].

لكن هذا التحليل منتقد لأنه لا يمكن أن يكون الشرط كوصف للالتزام مكوناً من العناصر الأساسية للعقد، كإرادة البائع وتحديد الثمن[٤]. فعندما يقول المالك «أنا أعدك بالبيع إذا أنا بعت» فالأمر المعلق عليه الوعد ليس له الطابع العارض للشرط كوصف للالتزام[٥].

علاوة على ذلك فإن هناك عدة نتائج تترتب على عدم إيثار الوعد بالتفضيل في وعد بالبيع.

أولاً: من حيث قواعد الأهلية، في الوعد بالبيع نجد أنه يجب أن يتوافر في الواعد أهلية البيع وقت إبرام الوعد لا وقت إعلان الرغبة، على العكس من ذلك نجد أن الوعد بالتفضيل ليس من أعمال التصرف حيث أن الواعد لا يلتزم فيه بالبيع ولكن فقط بإعطاء الأفضلية. وبناء عليه فإن أهلية التصرف ليست

---

(١) انظر Civ. 1,24 fév. 1987, Bull. I. no 75; D. 87, I.R. 56. Gaz. pal. 87. 1, pan. 112; Rev trim. dr. civ. 87.739, note crit. J. Mestre.

(٢) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٠٤ السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٨ سمير تناغو، فقرة ١٢ ص ٥١.

(٣) Civ. 3,16 mars 1994, Bull. III, no 58, D.94. 486, note crit. A.Fournier, Rep. gén.du natariat Defrénois 1994, a. 35897 no 128 note L.Aynès.

(٤) Ph. Malaurie, L.Aynès, Droit civil, Les obligation, 1996 no 1106-1108, les contrats spéciaux, no 144, p. 109.

(٥) F. Collart, Dutilleul, les contrats préparatoires.., op.cit., no 102, no 88.

متطلبة عند الواعد إلا وقت ممارسة الأفضلية.

ثانياً: من حيث المدة: إن الوعد بالتفضيل ليس من شروطه الخاصة عنصر المدة وذلك على خلاف الوعد بالبيع. وبناء عليه فإنه من المتصور أن يكون له مدة غير محددة. كما أنه لا يبطل عند تخلف هذا العنصر[1].

والوعد بالتفضيل باعتباره عقداً ملزماً يرتب آثاره سواء فيما بين المتعاقدين، الواعد والموعود له، وأيضاً فيما بين الموعود له والغير المتصرف إليه بالمخالفة للوعد.

- في العلاقة بين الواعد والموعود له، نجد أنه إذا لم يحترم الواعد تعهده في مواجهة الموعود له تتحقق مسؤوليته العقدية. فالوعد بالتفضيل يلزم الواعد بإعطاء الأفضلية للموعود له عندما يقرر بيع العقار فقط، وبالتالي لا ينصرف هذا التفضيل إلى التصرفات القانونية الأخرى القريبة من البيع، (كتقديمه كحصة في شركة، أو كوفاء بمقابل...) كما أن هبة العقار لا تفتح أيضاً مجال الأفضلية للموعود له.

- في العلاقة بين الموعود له والغير المتصرف إليه على خلاف الوعد. في حالة ما إذا خالف الواعد اتفاق التفضيل وقام ببيع العقار محل التفضيل إلى شخص آخر غير الموعود له، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

هل يجوز للموعود له أن يبطل البيع ويحل محل الغير المتصرف إليه؟ في الواقع إن الوعد بالتفضيل، كما هو الحال في الوعد بالبيع، لا ينشىء للموعود له إلا حق شخصي، حق ترخيصي، وبالتالي يخضع لمبدأ نسبية أثر العقد. الموعود له لا يستطيع إذن إبطال البيع إلا في حالة الغش[2]، أي في حالة إثباته أن المتصرف إليه كان يعلم بالوعد بالتفضيل وبنية الموعود له في استعمال هذه الأفضلية[3]. وعلى ذلك فإن الموعود له، وذلك على خلاف الشفيع، لا يستطيع أن يحل محل المتصرف إليه[4].

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, les contrats spéciaux, no 144, p. 109.

(٢) Civ. 3,26 oct 1982, Bull. III, no 208; Gaz. Pal. 83. II.661.

(٣) على ذلك يكون القضاء قد تشدد في تعريفه للغش. Civ. 3,26 oct. 1982 précité

(٤) =Civ. 1,4 mai 1957, Bul. I, no 197.

ب - الوعد بالشراء:

في هذه الحالة نجد الأمر عكس الوعد بالبيع، فالواعد هنا هو الشخص المرشح للشراء، وهو الذي يلتزم بالشراء إذا المالك ما قرر البيع لعين معينة في خلال مدة معينة. فالواعد هو الذي يلتزم وحده دون المالك الموعود له. ويجب أن يتضمن الوعد جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود به، علاوة على الشروط الخاصة بالوعد على النحو السابق بيانه عند الكلام عن الوعد بالبيع ويرتب أيضاً نفس الآثار.

ملحق - الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد[1]:

هذه الصورة تفترض أن هناك تقاطع بين وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد وأن موضوعهما نفس الشيء بمعنى أن أحدهم يعد بالبيع إذا الآخر رغب في الشراء والآخر يعد بالشراء إذا الأول رغب في البيع. في الوعد بالبيع نجد أن الواعد هو وحده الملتزم بهذا الوعد، وفي الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد.

في هذه الصورة نجد أن الأطراف أرادوا تأجيل انعقاد البيع إلى الوقت الذي يظهر فيه أحدهما رغبته في المدة المحددة، فإذا لم يظهر أي منهما رغبته في المدة المحددة سقط الوعد[2].

وهذا الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد شائع في الوقت الحالي في فرنسا في مجال بيع الأسهم وذلك لتجنب الخضوع للضرائب الباهظة ولو تم البيع النهائي للأسهم[3] وبالرغم من ذلك فإن القضاء في فرنسا يميل إلى تكييف هذا الاتفاق بأنه وعد ملزم للجانبين[4].

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

(٢) Com. 18 juil 1989, Bull. mensuel Joly 89.8222, note Bacrot et Berger, qui qualifie les promesses-croisées. «d'engagement synallagmatique»; Douai. 15 juin 1992. D.257, note Moury.

(٣) P. Le cannu, les actes portant cession d'actions au sens de l'art. 726 du code général des impots, Bull. Joly 1989. 669.

(٤) انظر في اعتبار هذا العقد بيعاً نهائياً
=

جـ - الوعد الملزم للجانبين:

تنص المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي على أن «الوعد بالبيع يعدل البيع إذا كان هناك رضاء متبادل للطرفين على الشيء والثمن» ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن الوعد الملزم للجانبين بالبيع يشكل إما بيعاً شرطياً، وإما بيعاً مضافاً إلى أجل، واستثنائياً قد يشكل مجرد مشروع عقد.

فالوعد الملزم للجانبين يشكل بيعاً شرطياً إذا كان رضاء كل من البائع والمتصرف إليه نهائياً، مع ذلك انعقاد عقد البيع لا يتوقف عليهم وإنما على شخص من الغير، أما بناء على نص من القانون أو على اتفاق. مثال الحالة الأولى استلزام القانون الحصول على ترخيص إداري أو إعلان من جانب الإدارة[1] ومثال الحالة الثانية أن يبرم الطرفان عقد عرفي، يسميانه عادة وعد ملزم للجانبين (Contrat synallagmatique ou comprmis) يتضمن شرطاً واقفاً كالبيع تحت شرط الحصول على ترخيص من الإدارة لازم لاستغلال الشيء، رخصة بناء. وهكذا، ولا ينتج البيع آثاره إلا عند تحقق الشرط، وهذه الآثار تنتج بأثر رجعي أو بدونه حسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف[2].

والوعد الملزم للجانبين، خاصة في البيوع العقارية، قد يكون عقداً مضافاً إلى آجل، بحيث لا يصبح نهائياً إلا الوقت الذي يتم إفراغه في شكل رسمي أو دفع كامل الثمن. وهذا بطبيعة الحال آجل واقف. وهذه الصورة تحقق عدة أغراض يسعى إليها المتعاقدين[3].

وأخيراً قد يعلق الأطراف وجود العقد ذاته على توقيع العقد الرسمي، فهم لم يلتزموا بشيء وإنما أصبح هذا الوعد الملزم للجانبين مجرد مشروع لعقد مستقبل

= Com. 16 janv. 1990, J.C.P. 91.II. 21748, note Hannoum, Rev. trim. dr. civ. 90.462, note J.Mestre, D.93, S.117 note Bousquet; Paris, 20 nov. 1987. D.89., S.325 obs-Vasseur.

وانظر في الفرق بين هذه الصورة والعقد الملزم للجانبين، أو العقد النهائي السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 131 p. 99.

(٢) Ibid, no 135, p. 101.

(٣) Ibid, no 136 p. 101, F. Collart. Dutilleul, Ph. Delebécque, op.cit. no 78 p. 69 et S.

وهذا موقف استثنائي[1].

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية التنازل عن الوعد الملزم للجانبين بالبيع[2] بشرط أن يكون قابلاً للتنازل عنه، بمعنى أنه لا يقوم على الاعتبار الشخصي، وألا يوجد شرط يمنع ذلك، ولا يكون محظوراً طبقاً لقانون Sapin في ٢٩ يناير ١٩٩٣ والذي يمنع التنازل عن عقود الوعد التي تمت على سبيل المعاوضة من جانب أحد المهنيين في المجال العقاري، وأخيراً أن يتعلق بوعد بالبيع حيث يكون نقل الملكية فيه مؤجلاً وليس بيعاً يترتب عليه النقل الفوري للملكية.

في القانون المصري تعرف المادة ١٠١ مدني الوعد بالتعاقد بأنه «الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل».

وإذا كان الغالب عملاً أن يكون الوعد ملزماً لجانب واحد هو الواعد إلا أنه قد تملي الضرورات العملية أن يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين كأن يريد شخصان إبرام عقد معين ولكن يمنعهما عقبة قانونية من إبرامه فوراً، مثل ذلك أن يكون المال المراد بيعه قد شرط على مالكه عدم التصرف فيه خلال مدة معينة، أو أن هذا التعاقد يستلزم لإتمامه صحيحاً، إجراءات معينة، كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية، أو صدور قرار إداري أو نحو ذلك[3].

في مثل هذه الحالات وغيرها إذا أراد الطرفان أن يرتبط كل منهما بالآخر قبل زوال العقبة القانونية التي تحول دون انعقاد العقد المراد إبرامه، فإن سبيلهما إلى تحقيق هذا الغرض هو إبرام وعد بالتعاقد ملزم للجانبين يعد فيه كل منهما الآخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة.

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص ١٠٨.

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 138, p. 102, 103.

(٢) Civ. 3,7 juil. 1993, Bull. III, no 111, D.94.597, note J.P. clavier D.93, som. 211 note A. Penneau.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ١، فقرة ٣٢ ص ٢٦٧، إسماعيل غانم، مصادر الإلزام، ١٩٦٨، فقرة ٧٦ ص ١٣٩.

بعض الفقهاء يرى أن من يطلق عليه الوعد الثنائي أو المزدوج بالعقد ليس في الحقيقة إلا هذا العقد نفسه، وإن أرجىء قيامه إلى الموعد المحدد، أي عقد مقترن بأجل لا أقل ولا أكثر[1].

في القانون اللبناني: تنص المادة ٤٩٣ موجبات وعقود على أن «الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلزم شراءه في الحال» «ومن طبيعة العقد أنه غير متبادل» في النص الفرنسي ورد لفظ essentiellement أي جوهر العقد وليس طبيعة العقد. وبناء على ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع إذا اقتضت الضرورة ذلك أن يوجد في هذا القانون وعد ملزم للجانبين.

٢ ـ البيع الابتدائي:

سبق أن رأينا أن الوعد بالتعاقد، في صوره المختلفة، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل. كما أن الوعد بالتعاقد، في كل صوره، يعتبر عقداً تمهيدياً أي يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به، عقد البيع. أما البيع الابتدائي فهو عقد كامل ونهائي، وأنه هو ذات العقد الذي يقصده عاقداه أولاً وأخيراً، فهو وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته في أن تجيء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي[2].

وترجع نشأة البيع الابتدائي إلى ما يتطلبه القانون في الوقت الحاضر في شأن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤ فقرة ٨٠ ص ١٨٤. وانظر حكم محكمة النقض في ٢٥/٥/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض، س ٢٣ ص ١٠١٠، والتي اعتبرت أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء.. هو بيع تام ملزم للطرفين تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع - بل وأجازت المحكمة التنازل عن هذا العقد.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٦٧. انظر بداية بيروت رقم ٩ تاريخ ٢٣/١/١٩٨٦، عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، ص ٣٣١، ٣٣٢.

بيع العقار من وجوب الشهر لنقل الملكية، فبيع العقار لا يكفي وحده لنقل الملكية وإنما يلزم تسجيله حتى يرتب هذا الأثر. وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاعاً معينة يقتضيها القانون. هذا كله يؤدي بالمتعاقدين إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه في محرر أولي، انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في عقد نهائي يتمشى مع مقتضيات التسجيل.

فالعقد الابتدائي والعقد النهائي في مجال البيع لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص. كل ما في الأمر أن اصطلاح «العقد الابتدائي» يعني العقد في صورته الأولية قبل التسجيل، في حين أن اصطلاح «العقد النهائي» يعني ذات العقد ولكن في صورته النهائية التي تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل.

وليس معنى ذلك أن فكرة العقد الابتدائي محصورة بالضرورة في نطاق التصرفات العقارية إذ لا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما، الذي اتفقا عليه مشافهة، في محرر مكتوب، تيسيراً لإثباته.

وعلى ذلك فإن البيع الابتدائي يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها، بغض النظر عن اتسامه بوصف «ابتدائي» أو «نهائي» وذلك باستثناء نقل الملكية في العقار إذ أن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ومن تاريخ حصوله، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل، إذ إن التسجيل لا يلحق إلا بالعقد النهائي.

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً، وإن جاء في صيغة أولية، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به، مستمد من علة وجوده ذاتها، وهذا هو الالتزام الذي يثقل كل من طرفيه، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام العقد النهائي[1].

ولذلك فإذا لم يفِ أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال، كان للطرف الآخر

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٦٨، السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ٤٢ ص ٨٣.

أن يقاضيه ويطلب الحكم في مواجهته، بصحة العقد ونفاذه، شريطة ألا يكون هو بدوره مخلاً بالتزاماته التي يفرضها العقد عليه. وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي، ويترتب على تسجيله انتقال الملكية إلى المشتري[1].

ملحق: العقد الأولي Contrat préliminaire في القانون الفرنسي[2]:

وهذا العقد يتعلق ببيع عقار تحت الإنشاء. وقد نظمه قانون ٧ يناير ١٩٦٧ ولائحته التنفيذية (مادة ل. و. د. ٢٦١ من تقنين البناء والإسكان) وهذا القانون متعلق بالنظام العام وخاصة إذا كان محل البيع عقاراً تحت الإنشاء لاستعمال السكن أو الاستعمال المهني والإسكان. وهذا هو النطاق الذي فرض القانون عليه الحماية.

عقد البيع يمكن أن يسبقه «عقد أولي» ويسمى غالباً بـ«عقد الحجز» contrat de réservation. هذا العقد يلتزم بمقتضاه البائع المحتمل (المحجوز لديه) réservant بحجز عقار معين للمشتري المحتمل (الحاجز) réservatoire. وهذا العقد لا يخضع للقواعد العامة (مادة ل. ٢٦١ ـ ١٥ من تقنين البناء والإسكان) وكذلك تطبق نفس القواعد على عقد إيجار ـ الإشغال location-accession (قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤).

هذا القانون حاول أن يوفق بين مصالح الطرفين. فمن ناحية، نجده قد نظم بدقة نطاق ونظام المبالغ التي ينبغي أن يدفعها الحاجز، كما أنه أعطى له رخصة التخلص من العقد. من ناحية أخرى، نجد أن المحجوز لديه عنده الإمكانية لإبرام العقد من أجل «سبر» السوق حتى ولو قبل أن يقرر طرح الصفقة العقارية. وهكذا يبدو لنا أن محتوى تعهداته متغير وليس على وتيرة واحدة. وفي نطاق المحاولة لإيجاد التوازن نجد أن محل الاهتمام الأول هو حماية الحاجز ضد الممارسات التعسفية من جانب المحجوز لديه.

فرض القانون شكلية معينة لإبرام العقد فتطلب بأن يكون هذا العقد مكتوباً (مادة ر. ٢٦١ ـ ٢٧ من تقنين البناء والإسكان) وتكفي الكتابة العرفية. كما أن

---

(١) السنهوري، المرجع السابق فقرة ٤٢ ص ٨٤.

(٢) D. Ponton - Grillet. Le contrat de réservation, D. 1991 chr. 26.

القانون وضع شروطاً من حيث الموضوع أكثر مرونة من الوعد بالبيع، فالعناصر الأساسية للعقد يمكن أن تكون أقل تحديداً منها في الوعد بالبيع العادي. فليس من الضروري أن يحدد الشيء أو الثمن بدقة، لكن مكان ووصف العقار المحجوز يجب الإشارة إليه، أما بالنسبة للمسطح ومكوناته فيكفي تحديده بشكل تقريبي. وهذه القواعد تهدف في النهاية إلى حماية المحجوز لديه.

كما أن القانون قد حدد التزامات كل من الحاجز والمحجوز لديه.

ـ فالتزامات الحاجز حددت بالقانون، على أساس وديعة على سبيل الضمان لا يجوز أن تتجاوز ٥ ٪ أو ٢ ٪ من الثمن المبدئي طبقاً لما إذا كانت مدة الحجز أقل من سنة أو من سنتين، فإذا كانت أطول من ذلك فإنه محظور أن يطلب منه أي مبالغ كانت (مادة د. ٢٦١ ـ ٢٨ من نفس التقنين) هذه الوديعة تودع في حساب خاص للمحجوز لديه، لا يجوز التصرف فيه ولا يجوز الحجز عليه، هذا الحساب يكون مع ذلك مفيداً له، لأنه يدل عن جدية المشروع، كما يسمح له الحصول بمقتضاه على ائتمان من البنوك، وتشكل هذه المبالغ ضماناً لدفع الثمن عندما يتحول العقد الأولي إلى بيع. وهذه المبالغ تقابل الالتزام بالحجز وتشبه التعويض عن عدم التصرف في العقار في الوعد بالبيع، ولذلك فإنها ليست شرطاً جزائياً[1].

ـ بالنسبة للمحجوز لديه، فعليه التزام بعدم التصرف في العقار المحجوز إلى الغير، كما أنه لا يمكن أن يجبر على البيع للحاجز[2]، أن الإخلال بالتزاماته يرتب عليه فقط التزام بالتعويض وبرد الوديعة التي على سبيل الضمان[3]. بطبيعة الحال يمكن أن يلتزم بالتزامات أكثر من ذلك إن شاء، بل يمكنه أن يبرم عقد وعد بالبيع.

لكن ما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد الأولي، عقد الحجز. اختلف كل من الفقه والقضاء حول هذه الطبيعة.

بعض الفقهاء يرى أن هذا العقد له دائماً طبيعة واحدة، وهو أن هذا العقد يعتبر وعداً بالبيع ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف هو إتمام المشروع[4].

---

(١) Civ. 3, 28 mars 1990, Bull. III, no 86. D 91.187 note R. Cabrillac, som. 158, note G. Paisant; civ.3, 10 fevr. 1991, Bull. III no 116 J.C.P. 91. IV.227.

(٢) Civ. 3, 18 déc 1984, Bull. III, 217, 3 juin 1987, Bull. III, no 114, J.C.P.87. V. 277.

(٣) Civ. 3, 11 juin 1987, J.C.P. 87. IV.287.

(٤) Cornu, note Rev. trim. dr. civ. 1972, 611; 1974, 433.

فالمحجوز لديه وعد بالبيع إذا قام بالبناء، ولكنه حر في عدم البناء، البعض منهم اعتبره وعد بالتفصيل[١].

البعض الآخر، أنصار فكرة الازدواجية، يرى أن هذا العقد يمكن أن يغطي وضعين مختلفين طبقاً للوقت الذي أبرم فيه[٢] فإذا أبرم العقد قبل الانتهاء من وضع مشروع البناء، فإنه يعتبر مجرد «اختبار تجاري teste commercial) إذ المحجوز لديه ليس عليه أي التزام بتنفيذ مشروعه، فإنه يستطيع عدم البيع حتى ولو قام بالبناء، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا أثبت الحاجز سوء نيته، على العكس من ذلك عندما يتم العقد بعد إعداد المشروع النهائي، ففي هذه الحالة يعتبر العقد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد مع رخصة الرجوع، حيث يستطيع الحاجز أن يظهر فيما بعد رغبته التي أعطيت له، كما أن مسؤولية المحجوز لديه تنعقد إذا هو أخل بالعقد ورفض البيع.

القضاء الفرنسي لم يتخذ موقفاً من هذا الخلاف الفقهي، ولكن ذهب إلى عدم اعتباره وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وذلك حتى لا يخضعه للمادة ١٨٤٠/جـ من التقنين العام للضرائب وهي تفرض إجراءات معينة وترتب على تخلفها جزاء البطلان[٣] واكتفى بالقول أنه عقد ذو طبيعة خاصة[٤] contrat sui generis وفي أحكام أخرى قد سمح لقاضي الموضوع بأن يكيف العقد بأنه وعد بالبيع بات (ملزم لجانب واحد بطبيعة الحال) وذلك طبقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[٥].

في الواقع إن القانون لم يفرض شكل وحيد للعقد، أو نظمه في صورتين وإنما اكتفى بتجديد الحد الأدنى من الحماية للحاجز التي يجب أن لا ينزل عنها الاتفاق، وإن كان يمكن أن يزيد عنها[٦] فالمتعاقدين يستطيعوا إبرام وعد بالبيع ملزم لجانب واحد، لكن التعويض عن عدم التصرف في العقار سيخضع دائماً

(١) F. Collart - Dutilleul, op.cit, no 102-103, R. Saint Alary, la vent d'immeuble à construire, J.C.P. 1968. I. 2146 no 47.

(٢) Vion, Rep génér du notariat. Defrénois, 1974, à 30657.

(٣) Civ. 3, 16 nov. 1994, Bull. III. 196, J.C.P. 95. IV, 196.

(٤) Civ. 3, 27 oct 1975 sté Novry, Bull. III, no 309, D. 76.97 note E. Frank., J.C.P. 76. II, 18340; Gaz. Pal. 76.I.67, Rev trim. dr. civ. 76.363, note G.Cornu.

(٥) Civ. 3,21 juin 1977, Bull. III, no 270, D.79.571, note Nguyen phu-Due.

(٦) Ph. Malinvaud, et Ph. Jestaz, Droit de la promotion immobilière Dolloz 6^{e}éd, 1995, no 151 et S.

٣ ـ البيع بالعربون:

الأصل في التعاقد أنه بات، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه، ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد، على أن يكون للطرفين أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته، ومن أبرز هذه الحالات، التعاقد بالعربون. وأكثر ما يقع الاتفاق على العربون في عقد البيع، بأن يدفع المشتري للبائع مبلغ من النقود يسميه عربوناً، وهو عادة جزء من الثمن، إما لتأكيد انعقاد البيع، وإما لحفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون أو أكثر، بحسب الظروف.

فما هو المقصود بالعربون وما هي دلالته؟ ثم ما هي أحكام هذا العربون؟؟

أ ـ المقصود بالعربون ودلالته:

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه المشتري للبائع عند إبرام العقد لتحقيق غاية معينة.

وتتنوع الغاية من العربون:

ـ فقد يكون الغرض من دفعه هو حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون أو أكثر للطرف الآخر، بحسب الظروف.

ـ قد يكون القصد من دفعه هو تأكيد انعقاد العقد باعتبار أن دفع العربون دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد، وبعبارة أخرى يعتبر دفع العربون بمثابة بدء في تنفيذ العقد وعلى ذلك يكون للعربون إحدى دلالتين:

١ ـ إما دلالة العدول ٢ ـ وإما دلالة البت.

ـ ولتحديد دلالة العربون فإنه لا مناص من الرجوع إلى قصد المتعاقدين. فإذا صرح المتعاقدان بما يقصدانه، أو أمكن استخلاص قصدهما ضمناً من ظروف التعاقد، وجب الأخذ بما قصداه[1].

(١) نقض ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٣٦٩، ١٩٥٦/٤/٥ نفس =

أما إذا لم يتبين قصد العاقدين فقد وضع الشرع قرينة قانونية تقبل إثبات العكس ـ م ١٠٣/ ١ مدني مصري ـ تقضي بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة العدول عن البيع ما لم يثبت المتعاقدان أو أحدهما عكس ذلك، أي أن للعربون دلالة البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد[1].

في القانون اللبناني: لم يرد نص في هذا الشأن، والأولى بالترجيح هي دلالة العدول أخذاً بتقاليد القانون الفرنسي الذي يعد المصدر التاريخي لقانون الموجبات والعقود، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في لبنان[2].

ب ـ أحكام العربون:

تختلف أحكام العربون باختلاف دلالته.

أولاً ـ ففي حالة الدلالة على الاحتفاظ بالحق في العدول، يكون العربون هو مقابل هذا الحق. وعلى ذلك فإذا رجع المشتري في البيع فإنه يخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ويصبح حقاً لهذا الأخير. كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ولكنه في هذه الحالة يرد له العربون الذي أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه كمقابل لحق العدول من جانب البائع.

وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣ مدني مصري بقولها «١ ـ دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه. إلا إذا قضى الاتفاق

= المجموعة، س ٧ ص ٥٠٨، ٣٠/ ٤/ ١٩٧٠ نفس المجموعة، س ٧٤٣٢١، ٢٣/ ٢/ ١٩٧٥، س ٢٦ ص ٤٥٧.

(١) نقض ٢٦/ ٢/ ١٩٧٠، نفس المجموعة، س ٢١ ص ٣٤٤، نقض ٢/ ١٢/ ١٩٨٠، س ٣١ ص ١٩٩٢، ٣١/ ٣/ ١٩٨٧ الطعن رقم ١٦٣٧ س ٥٣ سعيد شعلة، ص ٤٦٧.

(٢) انظر إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للموجبات (الالتزامات) مصادر الموجبات (الالتزامات) ١٩٦٢ ـ ١٩٦٣ فقرة ١١٢ ص ١٦٢ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، جـ ٢ الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ١١٦.
قارن مع ذلك بداية بيروت رقم ٩ تاريخ ٢٣/ ١/ ١٩٨٦، عفيف شمس الدين، المصنف، ١٩٩٤، ص ٣٢٩.

بغير ذلك» «٢ ـ فإذا عدل من دفع العربون، فقده. وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. **هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر**».

ولما كان العربون يعتبر مقابلاً لحق المتعاقد في العدول عن العقد[1]، فإن المتعاقد الذي دفعه يفقده كثمن لعدوله، والذي قبضه يرده، هذا من حق المشتري أصلاً، ويرد مثله هذا هو مقابل لاستعماله الحق في العدول، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر للطرف الآخر وفي مقابل ذلك لا يستحق عن العدول إلا مبلغ العربون ولو نشأ عنه ضرر أكبر. وعلى ذلك فيعتبر العدول استعمالاً لحق يستحق عنه مقابل، لا خطأ يستحق تعويضاً عن الضرر الذي قد ينتج عنه وبالتالي لا يجوز للقاضي تعديله وهذا هو الذي يفرق العربون عن الشرط الجزائي، وهو اتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الذي يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الإخلال بالعقد.

لكن ما هو وقت مباشرة الحق في العدول؟؟

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأي من طرفيه حق العدول عن العقد، وجب أن نتعرف على الوقت الذي يباشر فيه هذا الحق. وهذا الأمر لا يخرج عن أحد فرضين.

الفرض الأول: إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على تحديد مدة فإنه يجب مباشرة هذا الحق خلالها، وإلا تأكد قيام العقد وصار إلى بتاته.

الفرض الثاني: إذا لم يحدد ميعاد لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقاً أو عرفاً، يبقى هذا الحق قائماً للمتعاقد، وحق له أن يعدل عن العقد، إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته في تأكيد انعقاد العقد، وبالتالي عن رغبته في النزول عن الحق في العدول عنه. وتلك الرغبة في تأكيد العقد قد تجيء منه صراحة، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه، على حسب الأحوال، بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته. لكن في هذه الحالة ليس هناك ما يمنع من أن يبادر أي من الطرفين بإنذار الآخر يحدد له مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء، وإلا اعتبر متنازلاً عن حق العدول.

(١) انظر في تكييف العربون السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٤٦ ص ٩٠ وما بعدها.

ويجوز للطرف الآخر أن ينازع معقولية هذه المدة فيعرض الأمر على القضاء لحسم النزع حول معقولية أو عدم معقولية هذه المدة.

ثانياً ـ في حالة الدلالة على تأكيد البتات في العقد، يكون دفع العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استعماله، ولا يجوز لأي من الطرفين أن يعدل عنه.

فإذا لم ينفذ أي منهما التزامه طبقت القواعد العامة فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ (الإلغاء طبقاً لتعبير القانون اللبناني Résolution) ويجوز في حالة الفسخ المطالبة بتعويض تكميلي (م ٢٤١/٢ موجبات وعقود) وليس حتماً أن يكون هذا التعويض بقدر العربون، وإنما هو يقدر طبقاً للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر.

ثالثاً ـ البيع بواسطة النائب:

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج من عقود، لكن قد تحول الظروف دون ذلك، كبعده أو غيبته، أو قلة تجربته وخبرته، أو كثرة أعماله وانشغاله، فلا مناص في هذه الحالات من ضرورة قيام شخص آخر غيره بإبرام هذه العقود نيابة عنه. كما أنه قد يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها، وبالتالي يحتاج إلى من يقوم بالنيابة عنه في إبرام ما يحتاج من تصرفات قانونية. ولذلك نجد أن النيابة في التعاقد قد فرضتها مقتضيات الحياة العملية لأنها تيسر قضاء مصالح الناس وحاجاتهم.

وبناء على ذلك فإنه يجوز التبايع بطريق النيابة، فيقوم بالبيع نائب عن البائع، أو يقوم بالشراء نائب عن المشتري، أو يباشر كلاً من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري.

المهم أنه لو نظرنا في جميع هذه الحالات نجد أن جوهرها يتلخص في أن نتائج تصرف النائب تقع مباشرة في ذمة الأصيل على وجه الاقتصار. على النحو السابق دراسته في النظرية العامة للالتزام.

كما أنه يبين مما تقدم أن النيابة قد تجد مصدرها في الاتفاق ـ وهذه هي النيابة الاتفاقية ـ وقد تجد مصدرها في القانون ـ وهذه هي النيابة القانونية ـ وهي

نيابة كل من الولي الشرعي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي.

وسنقتصر هنا على دراسة **أولاً**: سلطة الوكيل في عقد البيع. **ثانياً**: مدى سلطة النائب في حالات النيابة القانونية **ثالثاً**: حكم بيع النائب لنفسه.

١ ـ سلطة الوكيل في عقد البيع: ولتحديد نطاق سلطة الوكيل في إبرام عقد البيع يجب الرجوع إلى عقد الوكالة الذي أعطى له السلطة وذلك على ضوء نصوص القانون.

ـ فإذا كانت الوكالة عامة ـ وهي الوكالة التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل. فإن هذه الوكالة لا تخول للوكيل إلا سلطة القيام بأعمال الإدارة (م ٧٠١/ مدني مصري، م ٧٧٨/ موجبات وعقود)[١] ومثال ذلك أن يوكل شخص غيره «في إدارة أعماله والقيام بما يراه في صالحه».

وعلى ذلك فإن البيع، وهو من أعمال التصرف، لا يدخل في سلطة الوكيل العام إلا أن يكون مما تقتضيه أعمال الإدارة، كبيع المحصول، أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة لحفظه، ولاستغلاله (م ٧٠١/ ٢ مدني مصري).

فيما وراء ذلك فإنه لا بد من وكالة خاصة حتى يستطيع الوكيل أن يقوم بالبيع (م ٧٠٢/ ١ مدني مصري م ٧٧٨/ ٢ موجبات وعقود). ولتحديد سلطة الوكيل في هذا فإنه لا بد من الرجوع إلى عقد الوكالة. فقد تخول الوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة فلا يجوز للوكيل في هذه الحالة أن يباشر العقد إلا بالنسبة لهذه العين ووفقاً للشروط التي وضعها الموكل في عقد الوكالة. وقد يكون التوكيل دون تحديد لمحل العقد ولذلك يكون للوكيل مباشرة عقد البيع بالنسبة لأي مال من أموال موكله، (انظر في هذه الأحكام م ٧٠٢/ ٢، ٣ مدني مصري، م ٧٧٩ وما بعدها موجبات وعقود).

---

(١) نقض ١٩/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض، س. ٢ ص ١٠١٧.

٢ ـ سلطة النائب بالبيع والشراء في حالات النيابة القانونية: في هذه الحالات النائب يستمد ولايته من القانون. كما أن القانون هو الذي يحدد مدى هذه الولاية.

أ ـ في الولاية على المال: قد حدد قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سلطة كل من الولي المشرعي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب على النحو التالي:

(١) **سلطة الولي الشرعي في البيع والشراء**: تثبت الولاية الشرعية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح، ولكن سلطة كل منهما تختلف في البيع والشراء على النحو التالي:

ـ **بالنسبة للأب**: فله بحسب الأصل أن يتصرف بالبيع والشراء في جميع أموال القاصر بدون إذن المحكمة، ولكن القانون وضع عدة قيود تختلف باختلاف طبيعة وقيمة محل البيع أو الشراء أو بحسب مصدر المال المملوك للقاصر، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها عن ثلثمائة جنيه إلا بإذن من المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (م ٧ من قانون الولاية على المال).

ثانياً: لا يجوز له أن يبيع عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة (م ٦) ولا يسري هذان القيدان على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣).

ثالثاً: إذا ورث القاصر مالاً وكان المورث قد أوصى بألا يتصرف وليه في المال الموروث فلا يجوز للأب أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م ٨) وهذا القيد يسري حتى بالنسبة للعقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية التي لا تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه.

وللأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر في حدود سلطته سواء كان ذلك

لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك (م ١٤).

- بالنسبة للجد الصحيح: فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر (م ١٥) ويستوي في ذلك أن يكون هذا المال عقاراً أو منقولاً، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراء.

ولا يجوز للجد أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر في حدود سلطته سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر بل يلزم تعيين وصي خاص للتعاقد معه (م ٣١).

(٢) سلطة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء: لا يجوز للوصي، وفقاً لنص المادة ٣٩، أن يتصرف في أموال القاصر، أياً كانت قيمتها، وأياً كان محلها عقاراً كان أو منقولاً، وأياً كان نوع التصرف، بيعاً أو شراءً، إلا بإذن المحكمة. ولا يستثنى من هذا إلا الأحوال التي يعتبر فيها البيع والشراء من التصرفات اللازمة لأعمال الإدارة. ولا يجوز للوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله للقاصر إلا بإذن خاص في ذلك من المحكمة، بل ويجب عليه أن يطلب تعيين وصي خاص لإبرام العقد معه (م ٣١/ جـ).

وتسري هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨).

ب - سلطة الحارس القضائي: والحارس القاضي لا يتم تعيينه على المال إلا في حالات معينة، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه (٧٢٩ - ٧٣٠ مدني)[1].

ويتم تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٣٢ مدني).

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة سلطة الحارس في البيع والشراء (م ٧٣٣). فإذا لم يكن هناك تحديد لهذه السلطة فلا يكون للحارس إلا سلطة القيام بأعمال الإدارة (م ٧٣٥ مدني) فلا يجوز له مباشرة البيع أو الشراء في الأموال

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥١ ص ٩٨.

التي يتولى حراستها إلا إذا كان ذلك مما تقتضيه أعمال الإدارة.

٣ - **بيع النائب لنفسه**: وهنا سنعرض للقاعدة العامة، ثم نتكلم عن تطبيقات خاصة لها في مجال البيع.

أ - **القاعدة العامة** أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة» (م ١٠٨ مدني مصري).

وعلى ذلك لا يجوز للنائب عن البائع في بيع شيء معين أن يشتريه لنفسه، كما أنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد بصفته نائباً عن طرفي العقد، مثل ذلك أن يوكل شخص آخر في بيع شيء فيشتريه لشخص آخر يكون قد وكله في شرائه.

في هاتين الصورتين نجد أن شخصاً واحداً يقوم بإبرام العقد، وذلك بالتعبير عن إرادة الطرفين وبالتالي ليس هناك اعتراض من الناحية الفنية، ولكن ما يثور من اعتراض يتعلق من الناحية العملية، حيث إن القاعدة أن النائب يقوم بالعمل على رعاية مصالح الأصيل وبالتالي كيف يتسنى له ذلك في هاتين الصورتين؟ ففي الصورة الأولى أليس من المتصور أن يميل إلى مصلحته دون مصلحة الأصيل؟ وفي الصورة الثانية كيف يوفق ويحمي المصالح المتعارضة للطرفين اللذين ينوب عنهما؟

وإذاكان الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه إلا أن القانون قد أورد عدة استثناءات على أساس انتفاء العلة من المنع فيها، كما إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك، أو إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك، أو إذا قضت قواعد التجارة بذلك.

ب - **تطبيقات خاصة**: قد أورد المشرع تطبيقات خاصة لهذه القاعدة العامة في عقد البيع، تحت عنوان بيع النائب لنفسه في المواد ٤٧٩ ـ ٤٨١ مدني مصري.

تنص المادة ٤٧٩ مدني مصري على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه، مباشرة أو

باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى».

وتنص المادة ٤٨٠ مدني مصري على أنه «لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار».

وتنص المادة ٤٨١ مدني على أنه «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه».

ـ نطاق المنع من حيث الأشخاص:

يمتد نطاق هذه النصوص ليشمل كل من كان نائباً عن غيره، أياً كان مصدر هذه النيابة، في بيع مال هذا الغير، فلا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض المصالح على النحو السابق بيانه. ولذلك يمكن تقسيم النيابة بحسب مصدرها لتحديد طوائف الأشخاص الممنوعين من البيع.

ـ الطائفة الأولى: الأشخاص الذين ينوبون عن الغير في بيع أموالهم بمقتضى الاتفاق. وهذه الطائفة تشمل:

* الوكالة: فمن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتره لزوجة أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصلة. ويستوي أن يكون الشراء بالممارسة أو في المزاد العلني (م ٤٧٩ مدني).

* ويدخل في هذه الطائفة من عين مصفياً لتركة أو لشركة، فلا يجوز له شراء المال الذي يصفيه.

ـ الطائفة الثانية: الأشخاص الذين ينوبون عن الغيرفي بيع أموالهم بمقتضى نص في القانون أو بأمر من القضاء. كالوصي والقيم والوكيل عن الغائب والسنديك والحارس القضائي وقد سبق أن عرضنا للشروط الواجب توافرها لشراء هذه الأموال فيما سبق.

* ويدخل في هذه الطائفة أيضاً الموظف العام الذي قد ينوب عن الدولة في

بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز له أن يشتري المال المعهود إليه في بيعه لا باسمه ولا باسم مستعار ولو كان الشراء في مزاد علني.

ـ الطائفة الثالثة: السماسرة والخبراء لا يجوز لهم أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار، وسواء أكان أي منهما وكيلاً بالبيع أو لم يكن كذلك، لتوافر العلة من المنع في الحالتين. والسمسار والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني.

ـ جزاء الشراء رغم المنع:

يذهب الفقه الحديث في مصر[1] إلى أن تعاقد النائب مع نفسه، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أقره فينفذ في حقه، حيث إن الإقرار اللاحق كالتصريح السابق[2].

ـ في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٧٨ موجبات وعقود على «أن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء. وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً».

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥٥ ص ١٠٦، أنور سلطان، فقرة ٤٥٧ ص ٤٣٤، إسماعيل غانم، ص ١١٦، قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٤ ص ٣٠١ وما بعدها حيث يرى الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.

(٢) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن شراء النائب أو السمسار أو الخبير رغم المنع فإن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، وقد تقرر هذا البطلان بنص خاص، سمير تناغو، فقرة ١٠٢ ص ٤٢١ وهذا ما تذهب إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي. انظر السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ٥٥ ص ١٠٥ ويرى الدكتور سمير تناغو، أن البطلان هنا بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للتصحيح أي لا يكون البيع منتجاً لآثاره إلى أن يتقرر تصحيحه وذلك على خلاف القابلية للإبطال فقرة ١٠٢ ص ٤٢٢.

١ ـ لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها.

٢ ـ لا يجوز لمتولي الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها.

٣ ـ لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها.

٤ ـ لا يجوز للأب أو الأم، ولا للوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي المؤقت شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم.

وهذا النص ينصرف إلى الأشخاص الذين يمنعون من الشراء نظراً لأنهم ينوبون عن الغير في بيع الأموال التي يكلفون ببيعها أو يعهد إليهم بأمر العناية بها وهذا النص يقابل نص المادة ٤٧٩ مدني مصري.

وتنص المادة ٣٧٩ موجبات وعقود على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم بيعها أو تخمينها ولا أن يقايضوا بها أو يرتهنوها».

وهذا النص يقابل نص المادة ٤٨٠ مدني مصري مع الأخذ في الاعتبار أن نص المادة ٣٧٩ قد وسع من دائرة المنع وجعلها تشمل علاوة على البيع، المقايضة والرهن[1].

ـ **من حيث جزاء الشراء رغم المنع**: نجد أن المادة ٣٧٨/ ١ موجبات وعقود صريحة في أن الجزاء هو البطلان. وبالرغم ما توحي به عبارة النص من أن المقصود به هنا هو البطلان المطلق إلا أن هذا الجزاء يتجاوز بكثير الغرض من المنع ولا يتناسب مع العلة من هذا المنع. ولذلك يجب حمل هذا البطلان على أنه البطلان النسبي، وبالتالي لا يجوز التمسك به إلا من جانب من تقرر المنع لمصلحته. كما يجوز له أيضاً إجازة البيع فيستقر البيع ويزول ما كان يتهدده من خطر إذا وجده محققاً لمصالحه.

---

(١) انظر في عرض تفصيلي لهذا المنع توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٩٩ وما بعدها.

ونحن نرى أنه أمام صراحة هذا النص بتقريره البطلان لا يمكن الأخذ بفكرة عدم النفاذ في حق الأصيل التي أخذبها غالبية الفقه المصري هنا وذلك لاختلاف صياغة النصوص في كل من القانونين[1] بالرغم من التسليم بأنه من الناحية الفنية المحضة يجب طرح المشكلة على نطاق تجاوز النائب لحدود نيابته وبالتالي البحث عن الجزاء في أحكام النيابة لا في أحكام البطلان.

المبحث الثاني: صحة الرضى

إذا كانت دراستنا في المبحث السابق تنصب على وجود الرضى كركن أساسي لقيام البيع، فإنه يلزم الآن دراسة صحة هذا الرضى حتى يتوفر للبيع صحته واستقراره.

فيجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً، ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذي أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة، وتم عن علم كاف بالمبيع. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: الأهلية

ـ أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري:

يجب لكي ينعقد البيع صحيحاً أن يكون كل من البائع والمشتري أهلاً للبيع والشراء. ولتحديد هذه الأهلية يجب أن نعرض باختصار أحكام الأهلية لنحدد الدائرة التي يجوز فيها البيع والشراء.

إن الإنسان منذ تمام ولادته حياً يكتسب الشخصية القانونية وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويترتب على ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية وجوب. وأهلية الوجوب هي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

---

(١) انظر مع ذلك من يحبذ الأخذ بهذه الفكرة في القانون اللبناني، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٠٧، ١٠٨.

أما فيما يتعلق بمباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن الأمر يتوقف على قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية، وهذه القدرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالسن. وهذه هي أهلية الأداء. فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً.

وتتدرج أهلية الأداء بتدرج السن فيعتبر الشخص فاقد التمييز في سن قبل السابعة، وهو بعد السابعة وقبل إدراكه سن الرشد يعتبر مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة، وأخيراً بإدراكه سن الرشد يكون كامل التمييز، وسن الرشد يحددها القانون بسن معينة، قد تكون ١٨ سنة أو ٢١ سنة وذلك على اختلاف فيما بين القوانين.

ولكن لا يكفي أن يبلغ الشخص سن الرشد حتى يكون كامل الأهلية بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه. وذلك لأنه قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض لإرادته عارض فينقضها، كالسفه والغفلة، أو يعدمها كالجنون والعته، وفي هذه الحالات يشمل القانون هؤلاء الأشخاص برعاية خاصة ويخضعهم لتنظيم معين.

كما قد يكون الشخص كامل الأهلية، أي أنه بالغ لسن الرشد متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه ومع ذلك تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد) تعوقه عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً، وفي هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

نخلص من كل ما تقدم أن الذي يعنينا بصدد دراسة صحة الرضى، حالات نقص الأهلية، لأن نقص الأهلية لا يعدم الرضى ولكن يجعله غير صحيح، وناقصو الأهلية هم الصبي المميز، والسفيه، وذ الغفلة[1].

---

(١) يكفي طبقاً لنص المادة ٢/١١٥ مدني لإبطال التصرف الصادر من ذي غفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين، بل يكفي توافر أحدهما نقض ١٩٧٢/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٣ ص ١٦٢ =

أما فيما يتعلق بانعدام الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، فإن إرادة هؤلاء لا وجود لها في نظر القانون، وبالتالي فإنها لا تتعلق بصحة الإرادة وإنما تتعلق بوجودها. فإن تصرفات هؤلاء الأشخاص، ومن بينها البيع والشراء، تقع، كقاعدة عامة، باطلة بطلاناً مطلقاً.

ونخلص مما تقدم إلى ما يلي:

أولاً: إن الصبي غير المميز - ومن في حكمه المجنون والمعتوه بعد الحجر عليهما - ليس أهلاً لا للبيع ولا للشراء. لأنه ممتنع عليه جميع أنواع التصرفات، سواء النافعة نفعاً محضاً، أو الضارة ضرراً محضاً، أو الدائرة بين النفع والضرر، ويعتبر البيع من هذه الأخيرة.

ثانياً: إن الصبي المميز - ومن في حكمه السفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما - فأهليته في البيع والشراء أهلية ناقصة. فيكون البيع قابلاً للإبطال لمصلحته، وقد يجيز له القانون استثناء إبرام عقد البيع في حدود معينة وبشروط معينة[1].

ثالثاً: إن من بلغ سن الرشد - غير محجور عليه، تكون له أهلية كاملة، وتكون له أهلية البيع والشرء دون أي قيد أو شرط.

- فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هي أهلية التصرف، وتقتضي بلوغ سن الرشد، ويكفي أن تتوافر هذه الأهلية وقت إبرام عقد البيع ولا أهمية لما يطرأ على أهلية المتعاقدين بعد ذلك. فشرط الأهلية شرط ابتداء وليس شرط بقاء[2].

المطلب الثاني: سلامة الإرادة من العيوب والعلم بالمبيع

أولاً - سلامة الإرادة من العيوب:

يجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً. ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذي أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة.

= نقض ٣/٢/١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٣٧٦.

(١) انظر في ذلك نبيل سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني نظرية الحق، دار النهضة بيروت ١٩٩٥ ص ١٦٦ وما بعدها، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٥٩ ص ١١٠ وما بعدها.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٤.

فإذا كان الرضى غير صحيح بأن صدر من ناقص أهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال فإن العقد رغم انعقاده يكون قابلاً للإبطال. وعلى ذلك فإن إرادة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، يتوافر لها مقومات الوجود وترتيب الآثار القانونية ولكنها تفقد عنصر السلامة أو الصحة.

وقد كانت عيوب الإرادة محل دراسة مستفيضة في النظرية العامة للعقد، وليس هناك جديد يضاف بصدد عقد البيع ولذلك نحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الصدد[1].

ولكن المشرع أضاف حكم جديد خاص بالعلم بالبيع في نص المادة ٤١٩ مدني والتي تنص على أنه «١ ـ يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه».

«٢ ـ وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع».

ثانياً ـ علم المشتري بالمبيع:

قد أخذ المشرع في القانون المدني الجديد، على غرار التقنين المدني السابق، أحكام خيار الرؤية أساساً من المذهب الحنفي وأكملها بما ورد في المذاهب الثلاثة ليجعلها تتفق مع الأحكام العامة في القانون المدني. وسنعرض لنطاقه، ثم نقف بعد ذلك على جزاء عدم العلم، وأخيراً سقوط الحق في الإبطال لعدم العلم.

١ ـ نطاق علم المشتري بالمبيع:

أ ـ المقصود بالعلم الكافي: تنص المادة ١/٤١٩ مدني على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً...».

(١) انظر مؤلفنا، في النظرية العامة الالتزام، الجزء الأول، السابق الإشارة إليه ص ١٥٣ وما بعدها.

فقد خص المشرع المشتري وحده دون البائع بخيار الرؤية، وذلك على ما يذهب إليه جمهور الحنفية. ولذلك لا عبرة بعدم علم البائع بالمبيع، فإذا ورث شخص شيئاً ولم يره ثم باعه فلا أثر لعدم علم على البيع. ويستوي أن يعلم المشتري بنفسه أو بواسطة نائبه.

والعلم المعتبر من جانب المشتري هو العلم السابق لانعقاد العقد، بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على الحالة التي كان عليها وقت العلم، أو على الأقل العلم المعاصر له.

ويتحقق علم المشتري بالمبيع بالتجائه إلى الوسيلة المناسبة لطبيعة المبيع، فقد يكون ذلك عن طريق الرؤية أو الشم أو الذوق إلى غير ذلك. وتكفي في هذا العلم المعاينة ولو لم يتحقق العلم في حقيقة الواقع ما دامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادي من العلم[1]. وإذا كان البيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها.

وبذلك يختلف العلم بالمبيع عن تعيينه من حيث الوسيلة. كما أنهما يختلفان من حيث الهدف. فتعيين المبيع كشرط أساسي لانعقاد العقد القصد منه هو تعيين المبيع تعييناً كافياً بحيث يمكن تمييزه عن غيره. أما العلم بالمبيع فيقصد به جعل رضاء المشتري صادراً عن بينه من أمر ما يشتري.

ولذلك فإن تحقق أحدهما لا يغني عن الآخر. فقد يكون المبيع معيناً دون أن يعلم به المشتري العلم المقصود في المادة ٤١٩ مدني. كما لو باع شخص إلى آخر منزلاً تعين بموقعه، كذكر الحي والشارع ورقم المنزل وإلى غير ذلك مما يميزه عن غيره، ومع ذلك يمكن ألا يتوافر علم المشتري به، إذ ليس لديه في ذهنه صورة واضحة وكاملة عنه، فهو لا يعرف مساحة المنزل وكيفية بنائه وعدد طوابقه وحجراته وطريقة توزيعها وملحقاته إلى غير ذلك.

ب- **ما يفيد العلم**: إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. (م ٤١٩/١). وبذلك يكون المشرع قد وسع في معنى العلم

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٦٩.

بالمبيع، وجعل الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية وفقاً للمذاهب الثلاثة، وبخلاف المذهب الحنفي. وما زال هناك فارق بين تعيين المبيع والعلم به حتى في هذه الحالة، فتعيين المبيع يكفي فيه أن يكون المبيع معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه، بحيث يمكن تمييزه عن غيره. أما العلم المتطلب قانوناً هو بيان الأوصاف الأساسية بياناً يمكن المشتري من التعرف على المبيع وإدراك حقيقته بحيث يجيء رضاؤه عن بينة من أمره للوقوف على مدى ملاءمته للغرض المطلوب له والذي اشتراه من أجله أم لا.

.. ـ **ما يقوم مقام العلم**: «إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع» (م ٤١٩/ ٢ دني). وعلى ذلك فإذا اشترى شخص شيئاً لم يعاينه ولم يشتمل العقد على بيان أوصافه الأساسية، ولكن ذكر في العقد أنه عالم به، قام هذا مقام العلم لأن إقرار المشتري بالعلم إما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم فعلاً وإما أن يخالفه فيفيد أن المشتري لا يعلق أهمية على علمه بالبيع أو أنه يتنازل عن حقه في الطعن في العقد إن صح التعبير»[1] وفي هذا يخالف المشرع فقهاء الشريعة حيث إنهم لا يجيزون التنازل عن الخيار قبل الرؤية.

ولا قيمة لإقرار المشتري إذا كان نتيجة تدليس من البائع كأن أراه مثلاً عيناً أخرى أو أوهمه أنها العين المبيعة، ففي هذه له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط[2].

الخلاصة: إن علم المشتري بالمبيع يختلف عن تعيين المبيع. ولذلك فإن عدم العلم بالمبيع يؤدي إلى إبطال العقد بينما عدم تعيين المبيع يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ويمكن أن يتمثل ذلك في الفرض الآتي: تكون العين المبيعة معينة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ولكنها مع ذلك لم توصف وصفاً دقيقاً يجعل المشتري على بينة من أمره، ولم يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها، ففي هذه الحالة رغم تعيين المبيع يثبت للمشتري خيار

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧١.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٤.

الرؤية، ويكون له طلب إبطال البيع.

٢ - جزاء عدم العلم وصلته بالغلط:

إذا لم يتحقق علم المشتري بالمبيع على النحو السابق بيانه فإن البيع يكون قابلاً للإبطال (م ٢/٤١٩ مدني مصري) هذا الجزاء يثير تساؤلاً هاماً وهو هل القابلية للإبطال كانت نتيجة للغلط أم لمجرد عدم العلم؟ أو بعبارة أخرى هل العلم بالمبيع يعتبر شرطاً مستقلاً لصحة البيع أم أنه تطبيق لأحكام الغلط في البيع؟

وسبب هذا التساؤل يرجع، في نظرنا، إلى الارتباط بين عدم العلم بالمبيع والغلط من عدة وجوه:

أولاً: إن كل من الغلط وعدم العلم يمس من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجيء رضاؤه عن غير بينة بحقيقة الحال.

ثانياً: إن كل من الغلط وعدم العلم بالمبيع يلتقيان عند صفات الشيء، فيعتبر عدم ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع من قبيل عدم العلم، ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين.

ثالثاً: إن كل منهما يتعلق بصحة العقد وبالتالي الجزاء المقرر لهما واحد، وهو القابلية للإبطال.

ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن «أحكام العلم بالمبيع ولو أنها مأخوذة من أقوال فقهاء الشرع الإسلامي، إلا أنها تتفق مع المبادىء العامة في القانون المدني، لأن العلم الكافي كما تستلزم المادة ٤١٩ هو الذي يحول دون وقوع المشتري في الغلط، أما البائع فمفروض علمه بالمبيع» «فإن لم ينص في العقد على علم المشتري بالمبيع أو لم تذكر فيه أوصافه الأساسية فيفترض وقوع المشتري في الغلط والمشرع أراد إيجاد قرينة قانونية على وقوع المشتري في الغلط في هذه الحالة، أي قرينة على أنه وجد المبيع على صورة يخالف تلك التي يتوهمها، إلا أنها قرينة غير قاطعة يجوز للبائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات»[١].

(١) انظر أنور سلطان، فقرة ٥٧ ص ٧١، السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٤، ١٢٥.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن إبطال العقد لعدم العلم يختلف عن إبطاله للغلط، لأن النص يعطي للمشتري الحق في طلب الإبطال ولو لم يكن هناك غلط فيكفي عدم توافر العلم أو ما يقوم مقامه حتى يتعلق حقه بإبطال البيع[1].

ودائرة الخلاف تنحصر بين الرأيين في حالة ما إذا استطاع البائع أن يثبت أن المشتري، بالرغم من عدم تحقق علمه فهو لم يتصور المبيع على غير حقيقته. ففي هذه الحالة لا يكون العقد قابلاً للإبطال لعدم الغلط طبقاً للرأي الأول، بينما يكون العقد قابلاً للإبطال لعدم توفر العلم أو ما يقوم مقامه طبقاً للرأي الثاني.

ونحن نرى أن الارتباط بين عدم العلم بالمبيع والغلط يجب ألا يحجب عنا الفروق الجوهرية بينهما، فمعيار الغلط في أساسه معياراً ذاتياً، ولذلك يكون تقدير الصفات الجوهرية فيه تقديراً شخصياً محضاً. أما تقدير الصفات الأساسية في المبيع والتي تعتبر من قبيل العلم بالمبيع يكون تقديراً موضوعياً الهدف منه التحقق من أن المبيع يفي بالغرض المقصود منه. علاوة على اتساع نطاق الغلط، وقيام أحكامه على التوازن بين مصلحة العاقد الواقع في الغلط واستقرار المعاملات وغير ذلك.

وبناء عليه نجد أن دائرة عدم العلم بالمبيع تتقاطع مع دائرة الغلط ولا تتطابق معها. ويحدث هذا التقاطع عندما يكون عدم العلم بالمبيع ناشىء عن غلط. لكن فما وراء ذلك يستقل الغلط عن عدم العلم بالمبيع. ونحن نرى أن شرط العلم بالمبيع وضعه المشرع ليعزز الحماية للمشتري، وهذا ما يتفق مع سياسته العامة في تنظيم أحكام عقد البيع، مثل ذلك أحكام تقدير الثمن، وأحكام ضمان العيوب الخفية وإلى غير ذلك. ولذلك نرى أن جعل عدم العلم بالمبيع مجرد تطبيق لأحكام الغلط، حتى مع التحوير والتعديل الذي أدخله الفقه، يضيق من نطاق هذه

---

(1) حامد زكي في كتابه مع الهلالي ص ٧٨ تحت عنوان (ملاحظة هامة) بالهامش مشار إليه في أنور سلطان، فقرة ٥٥ ص ٧٠ عبد المنعم البدراوي شرح القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، الطبعة الأولى ١٩٥٦ فقرة ٨١ ص ١٢٣ عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود، الجزء الثاني، س ١٩٥٦ فقرة ٢٩ ص ٤٥ مشار إليهما في منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧٣ هامش ٢.

الحماية بلا مبرر وبلا سند في القانون.

ولذلك إذا لم يتحقق علم المشتري بالمبيع على النحو السابق بيانه، بأنه لم يره ولم يوصف له ولم يقرر علمه به، فإن للمشتري أن يطلب إبطال العقد حتى ولو لم يكن إقدامه على الشراء نتيجة غلط، أي نتيجة تصور المبيع على غير حقيقته، هذا يعني إن مجرد عدم علم المشتري بالمبيع يكفي. ولذلك لا يجدي إثبات البائع في هذه الحالة عدم وقوع المشتري في غلط ليحول دون إبطال العقد، وإنما كان عليه أن يتحوط من ذلك ابتداء بأن يذكر الأوصاف الأساسية للمبيع، أو على الأقل يجعل المشتري يقرر علمه به في العقد، وهذا ليس بالأمر العسير على البائع في الوقت الحاضر[1].

٣ ـ سقوط الحق في طلب الإبطال لعدم العلم:

لم ينص المشرع، على عكس ما فعل بالنسبة لعيوب الإرادة، على سقوط دعوى الإبطال لعدم العلم. ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في سقوط الحق في طلب الإبطال لتحديد أسباب سقوط خيار الرؤية. علاوة على ذلك الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتلمس الأسباب الأخرى لسقوط خيار الرؤية[2].

ـ يسقط خيار الرؤية، طبقاً للقواعد العامة، في الحالات الآتية:

١ ـ إذا لم يتمسك به المشتري خلال ثلاث سنوات من يوم العلم أو خلال خمس عشرة سنة من يوم العقد (م ١٤٠ مدني مصري).

٢ ـ إجازة المشتري للعقد، سواء كانت إجازة صريحة أو إجازة ضمنية (م ١/١٣٩ مدني مصري) ومثل الإجازة الضمنية التصرف في المبيع بعد رؤيته، أو الانتفاع به، وعرضه للبيع، وقبضه ودفع الثمن، وطلب الأخذ بالشفعة.

ـ ويسقط خيار الرؤية بما يسقط به في الفقه الإسلامي ولو تحقق سبب السقوط قبل الرؤية وهي:

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧٣، ٧٤.

(٢) أنور سلطان، فقرة ٤٠ ص ٥١ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، فقرة ٤١ ص ٧٥، ٧٦، السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٦٥ ص ١٢٥ هامش ٢.

١ ـ تصرف المشتري في البيع قبل العلم تصرفاً يوجب حقاً للغير. وهذا يأخذ حكم الاقرار بالعلم بالمبيع، وبالتالي لا يجوز طلب الإبطال.

٢ ـ تعيب المحل في يد المشتري.

٣ ـ بموت المشتري قبل أن يختار، لأن خيار الرؤية لا يورث[١].

في القانون اللبناني: لم يأخذ المشرع اللبناني بخيار الرؤية. ولذلك لا تعرض هذه المشاكل السابقة بصدده.

(١) انظر في انتقاد ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٤١ ص ٧٦.

الفصل الثاني
الشيء المبيع

- تنوع الأشياء:

الشيء المبيع هو محل التزام البائع. وهذا المحل قد يكون نقل حق الملكية أو اي حق مالي آخر. والحق المالي قد يكون حقاً عينياً غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الحكر، وقد يكون حقاً شخصياً، كما الحال في حوالة الحق إذا تمت مقابل مبلغ من النقود.

والأشياء التي تصلح لأن تكون محلاً للبيع تتزايد يوماً بعد يوم، كما أنها تتنوع إلى درجة كبيرة لأن نشاط الإنسان لا يتوقف عند حد وإنما يتسع ويمتد ليشمل أكثر وأكثر الأشياء غير المادية علاوة على الأشياء المادية. وتنص المادة ٣٨٣ موجبات وعقود على أن «يصح بيع الأموال المادية وغير المادية».

وطبيعة الشيء محل البيع لها انعكاس كبير على القواعد المنظمة للبيع. فالغبن لا نصادفه إلا إذا كان محل البيع عقاراً. كما أن تعيين الأشياء المعينة بالنوع ونقل ملكيتها لا يتمان على نفس النحو بالنسبة للأشياء المعينة بالذات. وتعيين الأشياء المعينة بالذات ونقل ملكيتها يختلفان بحسب ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً. وبيع الأجهزة الحديثة ذات التكنولوجيا المتقدمة، كالحاسبات الآلية وغيرها، ينصب على الانتفاع بها بسبب سرعة تقادم التكنولوجيا في هذا المجال، وهذا ما يفسر اللجوء المتزايد إلى الإيجار التمويلي بصددها وهكذا.

الشروط الواجب توافرها في المبيع:

والأشياء التي يمكن بيعها يجب أن يتوافر فيها عدة صفات أو شروط:

أولاً: يجب أن يكون الشيء موجوداً أو قابلاً للوجود.

ثانياً: يجب أن يكون الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين.

ثالثاً: يجب أن يكون الشيء قابلاً للتعامل فيه.

رابعاً: يجب أن يكون الشيء مملوكاً للبائع.

ولنعرض لهذه الشروط بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: الوجود أو القابلية للوجود

تمهيد وتحديد:

يشترط لوجود البيع أن يكون المحل الذي يرد عليه موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. ولذلك فإذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل فإن البيع يقع باطلاً.

ولنعرض لبيع الأشياء الموجودة، والأشياء المستقبلة على التوالي.

أولاً: الأشياء الموجودة:

ـ المرجع هو قصد المتعاقدين:

إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى بيع شيء موجود فعلاً وقت التعاقد لا على شيء ممكن الوجود، فإنه إذا تبين أن هذا الشيء لم يكن موجوداً وقت التعاقد فإن البيع لا ينعقد لانعدام المحل الذي يرد عليه، حتى ولو أمكن وجوده في المستقبل.

وهذا الحكم قاصر بطبيعة الحال على المبيع المعين بالذات إذ في هذه الحالة فقط يتصور أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى الشيء على أنه موجود وقت التعاقد، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فحسب فإن البحث في وجوده لا يثور إلا عند تنفيذ الالتزام لا وقت انعقاد العقد.

ـ هلاك الشيء: وكذلك يكون الحكم، أي لا ينعقد البيع، إذا وجد الشيء ثم هلك قبل أو أثناء انعقاد البيع، كما لو كان سيارة واحترقت قبل البيع أو أثناء

انعقاده، أو جواداً ونفق. ويستوي أن يكون الهلاك هلاكاً مادياً، كما في الأمثلة السابقة أو هلاكاً قانونياً، كما لو كان منزلاً ونزعت ملكيته للمنفعة العامة قبل التعاقد، أو كان محل البيع براءة اختراع وانقضت مدتها قبل البيع، أو حق انتفاع انقضت مدته قبل البيع.

ويشترط في ذلك أن يكون هذا الهلاك معلوماً من المتعاقدين معاً أو من أحدهما فقط. لكن يجب أن نفرق في هذه الحالة بين علم البائع وحده بالهلاك وعلم المشتري به وحده.

وإذا كان البائع وحده على علم بهلاك المبيع أو كان من الممكن أن يعلم به وقصر في ذلك، فإنه يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها. أما إذا كان المشتري هو الذي يعلم وحده بهلاك المبيع فلا مسؤولية على البائع في هذه الحالة. وإذا كان المشتري قد كان قد دفع الثمن فلا يجوز له استرداده لأنه لم يدفعه عن غلط، يفترض أنه قد أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو أن يقدم الدليل على أنه أكره على هذا الوفاء، وذلك طبقاً لأحكام دفع غير المستحق[1].

مشكلة الهلاك الجزئي: إذا كان المبيع قد هلك جزئياً قبل التعاقد أو في أثنائه. والمشكلة تتمثل هنا أن المحل لم يفن كلية وإنما ما زال موجود وإن كان غير مطابق تماماً لما اتفق عليه فهل للمشتري أن يتمسك ببطلان البيع في هذه الحالة أيضاً أم يبقى على البيع ويدفع ما يناسبه من الثمن؟

أجاب المشرع الفرنسي على ذلك في نص المادة ١٦٠١/٢ من التقنين المدني الفرنسي بنصه على أنه «في حالة ما إذا هلك الشيء جزئياً يكون للمشتري الخيار بين ترك البيع أو طلب الجزء الباقي مع تحديد الثمن الذي يناسبه»[2].

في البيوع التجارية هذا الخيار يختفي غالباً، فالقاضي أو العرف يمكن أن

---

(١) أنور سلطان، فقرة ١٠٦ ص ١٣٣.

(٢) ونص المادة ١٦٠١/٢ يجري على النحو التالي:

«Si une partie seulement de la chose est périe, il est à choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée en faisant détérminer la prix par la ventilation».

يلزما المشتري على الابقاء على البيع مع إنقاص الثمن[1].

ويمكن الأخذ بهذا الحكم في كل من القانون المصري والقانون اللبناني بالرغم من عدم النص عليه لأنه حكم تمليه القواعد العامة[2].

ثانياً - الاشياء المستقبلة:

١ - جواز بيع الاشياء المستقبلة:

إن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى بيع شيء باعتبار أنه سيوجد في المستقبل، كما في بيع المنزل قبل تمام بنائه أو حتى قبل البدء في إقامته، أو بيع صاحب المصنع قدراً من مصنوعات مصنعه قبل صنعها، وبيع محصولات الأرض قبل أن تنبت[3]. فما حكم هذه التصرفات؟

الأصل أن التعامل في الأشياء المستقبلة جائز.

تنص المادة ١/١٣١ مدني مصري على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً».

١٨٨ وتنص المادة ٢/١٨٨ موجبات وعقود على أنه «يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً».

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل في الشيء المستقبل كما فعل عندما جعل باطلاً رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ٢/١٠٣٣ مدني مصري) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨ مدني مصري). وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة[4].

وإذا كان بيع الأشياء المستقبلة جائز، إلا أنه يشترط أن يكون الشيء قابلاً للوجود في المستقبل، فإذا لم يكن الشيء قابلاً للوجود في المستقبل لا ينشأ

---

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 188 p. 145.
(٢) أنور سلطان، فقرة ١٠٧ ص ١٣٥.
(٣) نقض ١٩٥٩/١١/١٢، مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٦٤١.
(٤) انظر للمؤلف مصادر الالتزام السابق الإشارة إليه ص ٢٠٠ وما بعدها.

الالتزام لاستحالة المحل. ومثال ذلك إذا اتفق على بيع شقة في طابق علوي من المنزل المزمع بناؤه وكان قانون تنظيم المباني لا يجيز الارتفاع بالبناء الذي اتفق على أن تكون فيه الشقة المبيعة.

٢ - حكم بيع الاشياء المستقبلة:

سبق أن رأينا أن بيع الأشياء المستقبلة جائز، ولذلك فإن عقد البيع، بحسب قصد المتعاقدين، قد يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً، ولنرَ حكم العقد في كل من الحالين:

- عقد محدد: في بعض الأحيان قد يقصد العاقدان في عقد بيع شيء مستقبل أن يكون العقد محدداً. فمحل العقد، لا يكون شيئاً محتملاً، ولكن الشيء بعد أن يتحقق وجوده وهذا ما كان يسميه الرومان Emptio rei speratae.

وفي هذه الحالة وجود البيع ذاته يتوقف على وجود الشيء المستقبل[1]. ولذلك لا يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وقت العقد وإنما عندما يوجد الشيء. ومثال ذلك بيع شخص لنتاج ماشيته، أو بيع شيء تحت التصنيع، في هذه الحالة نقل الملكية يتم عند وجود الشيء أو إتمامه دون حاجة لانتظار تسليمه ولكن تبعه الهلاك تتوقف على التسليم في القانون المصري، ولكنها تتم بمجرد وجود الشيء في القانون الفرنسي والقانون اللبناني حيث تنتقل مع الملكية ولا تتوقف على التسليم.

- عقد احتمالي: وفي أحيان أخرى يكون محل البيع ليس شيئاً مستقبلاً، ولكن الأمل أو الفرصة أو الحظ. وهذا ما كان يسميه الرومان emptio spei.

والمشتري في هذا العقد يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه وقت العقد، وسواء وجد الشيء أم لم يوجد. والمثال التقليدي، منذ الرومان، بيع الصياد ما قد يوجد

(١) نقض ٣٠/٤/١٩٥٣، الطعنان رقما ٤٣٦، ٤٥٢ س ٢١ ق، سعيد شعلة، ص ٥٠ وهذا ليس تعليقاً على شرط واقف كما قالت المحكمة إذ لا يجوز أن يكون شرط التعليق أحد العناصر الأساسية للعقد، فوجود البيع ذاته يتوقف على وجود الشيء المستقبل، فإذا وجد وجد العقد لاستجماعه لأركانه، فإذا لم يوجد، لا يوجد العقد لتخلف محله.

في شبكته، ويعتبر العقد في هذه الحالة صحيحاً حتى ولو لم يخرج من شبكة الصياد شيء ويلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه. ومثال ذلك أيضاً بيع أوراق اليانصيب.

المبحث الثاني: التعيين أو القابلية للتعيين

كيفية التعيين: شيء معين بالذات أو شيء معين بالنوع:

من الشروط الجوهرية لانعقاد العقد أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين. ويتوقف التعيين أو القابلية للتعيين على طبيعة الشيء فيما إذا كان شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع.

أولاً- بالنسبة للأشياء المعينة بالذات:

إذا وقع البيع على شيء معين بالذات وجب تحديد ذاتية الشيء عن طريق وصفها وصفاً يؤدي إلى التعرف عليها، وتمييزه عن غيره[1] فبيع منزل يقتضي تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع الأرض يستلزم تحديد موقعها ومساحتها وتعيين حدودها، وبيع السيارة يوجب بيان نوعها وعلامتها المميزة.

ثانياً- بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع:

إذا كان الشيء من المثليات فلا يلزم فيه التعيين بالذات بل يكفي تعيين جنسه ونوعه ومقداره. فيذكر في البيع مثلاً أن المبيع قمح من نوع أمريكي وأن مقداره مائة طن مثلاً (انظر المادة ٣٨٤ موجبات وعقود).

— في بعض الأحيان يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة، فهل هذا يؤثر على تعيين المحل؟ الإجابة بالنفي وذلك لأنه إذا لم يتيسر استخلاص الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد، وجب أن يكون الصنف متوسطاً، وهذا ما فرضه القانون (م ٢/١٣٣ مدني مصري، م ٢/٢٩٩ موجبات وعقود).

— وإذا لم يتضمن العقد تحديداً لمقدار المبيع فيجب على الأقل أن يتضمن ما

---

(١) نقض ١٩٨٦/٥/٢٠، الطعن رقم ١٤٤٠ سنة ٥٢، سعيد شعلة، ص ٦٧.

يستطاع به تحديده، مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد فإنه قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى بحسب عدد أسرتها، أو المدرسة بحسب عدد تلاميذها.

لكن تعيين الشيء المبيع قد يتم بطرق أخرى، كالبيع بالتقدير، والبيع الجزاف، وكذلك البيع بالعينة ولنرَ ذلك باختصار.

١ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف:

- البيع بالتقدير Vente au poids, au compte ou à la mesure: هو البيع الذي يستلزم لتعيين المبيع فيه وزن أو كيل أو مقاس أو عدد. فالمبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً، ويترتب على هذا التقدير انتقال الملكية لأنه به يتم تعيين المبيع. والأصل أن يتم الإفراز بحضور كل من البائع والمشتري أو من ينوب عنهما ما لم يتفق على خلاف ذلك، أو يجري العرف على خلافه. وتبعة الهلاك لا تنتقل إلا بالتسليم في مصر، أما في فرنسا وفي لبنان تنتقل تبعة الهلاك بمجرد الإفراز.

وبالرغم من أن الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز على النحو السابق بيانه، إلا أن العقد يكون ملزماً بمجرد انعقاده. ولذلك إذا لم يقم البائع بالوزن أو الكيل أو المقاس أو العد فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتعويض[1].

- البيع الجزاف Vente en bloc: هو البيع الذي يرد على مجموعة من الأشياء معينة سواء عن طريق تحديد المكان الذي يوجد فيه أو عن طريق القائمة أو بأي طريقة أخرى مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس إلا إذا كان المراد من هذا التقدير تعيين مجموع الثمن.

وتنص المادة ٤٢٩ مدني مصري على أنه «إذا كان البيع جزافاً، انتقلت

---

(١) انظر

F. Collart - Dutilleul, Ph. Delebécqu, op.cit, no 134 p. 110, Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 170 p. 130.

وانظر في تفصيل ذلك في مصر السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ١٢٠ ص ٢٣٠ وما بعدها.

الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع».

وتنص المادة ١/٣٧٤ موجبات وعقود على أن «يكون البيع: إما جزافاً وهو الذي يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن».

وبالرغم من أن الشيء محل البيع مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد إلا أنه مع ذلك لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير أو إفراز بل هو معين بالذات. مثال ذلك أن يبيع شخص جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً فإن البيع في هذه الحالة يكون جزافاً. ويبقى البيع كذلك حتى لو انصب على نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن أو أي جزء شائع فيها، حتى ولو قدر في جميع هذه الحالات بمقدار معين، كما إذا باع كل ما في المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة طن حيث إن البيع في هذه الحالة على كل القمح الموجود في المخزن أو على نصفه قل أو كثر عن المقدار المحدد، فهذا لا يغير من طبيعة البيع وإن كان يثير مسألة الضمان[1].

ولا يغير من طبيعة هذا البيع أيضاً أن يكون الثمن في حاجة لتقدير عن طريق عملية حسابية بسيطة، فالثمن هنا وإن كان غير معين، حيث يحتاج إلى تحديد مقدار المبيع، إلا أنه قابل للتعيين، حيث إن العقد ذاته يتضمن عناصر تحديده. (انظر نص المادة ٤٢٩ مدني مصري في نهايتها، ونص المادة ١/٣٧٤ موجبات وعقود).

والملكية في العقد الجزاف تنتقل بمجرد التعاقد حيث إن محله شيء معين بالذات[2] أما تبعة الهلاك فترتبط في القانون المصري بالتسليم، أما في القانون الفرنسي واللبناني فتنتقل بانتقال الملكية.

٢ ـ البيع بالعينة (أو بالنموذج) Vente sur échantillon:

والبيع بالعينة هو البيع الذي يتم فيه تعيين المبيع عن طريق عينة، أو نموذج،

---

(١) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٩ ص ٦٢٢.

(٢) نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ السابق الإشارة إليه.

يتقدم بها أحد المتعاقدين ـ غالباً البائع ـ بحيث يكون المبيع مطابقاً لها. ومثال ذلك أن يعطي بائع القماش للمشتري عينة من القماش الذي ينوي بيعه له وتكون عادة قصاصة من هذا القماش، أو يعطي بائع القمح المشتري عينة من القمح المراد بيعه، يحتفظ بها المشتري حتى يضاهي عليها المبيع عند استلامه له. وبذلك تغني العينة عن تعيين المبيع بأوصافه، فهي المبيع مصغراً. وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها. كما أنها تغني عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع[1].

وقد نظم القانون المدني المصري البيع بالعينة في المادة ٤٢٠ منه والتي تنص على ما يلي:

«١ ـ إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها».

«٢ ـ وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق».

وتنص المادة ٤٤٤ موجبات وعقود على أنه «إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة، وإذا هلك النموذج أو ناله عيب فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه».

ومقتضى البيع بالعينية أن يكون المبيع مطابقاً للعينة تماماً[2]. ولذلك إذا كان غير مطابق كله أو بعضه للعينة كان للمشتري أن يرفضه، حتى ولو كان المبيع أكثر جودة من العينة ذاتها لأن ذلك يخالف ما اتفق عليه[3].

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٢٤ ص ٢٣٦.

(٢) لا يؤثر في صحة انعقاد التعاقد بالعينة عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد نقض ١٥/٥/١٩٤٧ الطعن رقم ٢٥ سنة ١٦ ق، سعيد شعلة، ص ٤٨.

(٣) نقض ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ص ٥٦٧.
لكن الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا يؤثر وذلك وفقاً لما تقدره المحكمة حسب ظروف الحال. نقض ١٢/١١/١٩٥٩ نفس المجموعة، س ١٠ ص ٦٥٩.

في مقابل ذلك أنه متى كان المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشتري قبوله، فليس له رفضه بحجة أنه غير ملائم لحاجته. بل ليس له أيضاً، في الأشياء التي تجرب عادة أو تذاق، أن يرد المبيع المطابق للعينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم. لكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع لضمان العيوب الخفية في المبيع. وعبء إثبات مطابقة المبيع للعينة يقع على عاتق البائع. وفي حالة هلاك العينة أو تلفها، في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، فعبء إثبات مطابقة أو عدم مطابقة المبيع للعينة يقع على من هلكت أو تلفت العينة في يده إذا نازعه الطرف الآخر في ذلك.

وعند عدم مطابقة المبيع للعينة فإن للمشتري أن يرفض قبوله ويطالب البائع بالتنفيذ العيني، بأن يسلمه شيء آخر مطابق للعينة، أو أن يحصل المشتري على شيء مطابق لها على نفقة البائع. بعد استئذان القضاء أو بدون في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدني) كما له أن يطلب فسخ البيع والتعويض إن كان له مقتضي. وأخيراً له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع طلب إنقاص الثمن إن كان له مقتضي.

المبحث الثالث: قابلية المبيع للتعامل فيه

المبدأ هو حرية تداول الأموال، فكل شيء قابل للبيع، بمعنى أن كل الأشياء التي حيازتها تعود على الإنسان بالثروة، أو المنافع، أو التمتع يمكن أن تكون محلاً للبيع (مادة ١١٢٨ من التعيين المدني الفرنسي) فالأصل هو القابلية للبيع، والمنع هو الاستثناء.

وقد نصت على ذلك المادة ٨١ مدني مصري بقولها «١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية» «٢ - والأشياء التي يخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية».

وتنص المادة ١٣٥ مدني مصري على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً».

وتنص المادة ١٩٢/ ١ موجبات وعقود على أن «باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب والشيء الذي لا يعد مالاً بين الناس (Les choses qui ne sont pas dans le commerce) لا يجوز أن يكون موضوعاً للموجب».

وتنص المادة ٣٨٢ موجبات وعقود على أن «لا ينعقد البيع على الأشياء التي لا يجوز التبايع فيها (Les choses qui ne sont pas dans la commerce) ولا الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن تخمينها (Qui n'ont aucune valeur aprréciable) ولا التي لا يمكن تسليمها بسبب ماهيتها».

وسنعرض هنا للأشياء الخارجة عن التعامل، والمنع من التعامل وتقييد هذا التعامل.

المطلب الأول: الأشياء الخارجة عن التعامل

هذه الأشياء قد تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون، فإذا ورد عليها البيع يكون محله غير مشروع ويبطل العقد.

أولاً: الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها: وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها. مثل الهواء مياه البحر وأشعة الشمس. فهذه أشياء مشتركة أي يشترك في الانتفاع بها الناس افة فلا يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع الآخرين. والمفهوم بداهة أن هذه الأشياء ينظر إليها في مجموعها فهي تستعصي على الحيازة، إذ لا مانع من الاستئثار بجزء من الهواء المضغوط أو كمية من البحر أو النهر والتعامل فيها.

ثانياً: الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، وهي الأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية فيكون الالتزام بإنشاء حق عليها التزاماً باطلاً. ويخرج الشيء عن التعامل بحكم القانون في حالتين:

١ ـ لاعتبارات الصالح العام، كأن يكون الشيء من الأموال العامة، أو من الأسلحة الخطرة، أو الأدوية الخطرة، أو بصفة عامة المنتجات الخطرة ما لم يرخص القانون في ذلك في بعض الحالات، وكذلك المخدرات والحشيش. كما أن القانون يحظر بيع الناخب صوته لمرشح، ولا يجوز للموظف العام أن يبيع

وظيفته أو يتنازل عنها، ولا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية.

كما أن جسد الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً للتعامل فيه إلا ما يقتضيه الصالح العام وفي حدود القانون.

(٢) ـ وقد يحظر القانون التعامل في بعض الأموال حماية لمصالح خاصة وجدها المشرع جديرة بالاعتبار، فمنع التصرف في المال المحجوز عليه، وكذلك التصرفات في التركة المستقبلة، أو النزول عن حق الاستعمال أو السكنى، أو بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء، وغير ذلك. لكن ما يثير مشكلة معينة هو بيع العملاء.

ـ بيع العملاء المدنيين **Clienteles civiles**:

هذه المشكلة لا تثور بالنسبة لعملاء المحل التجاري حيث إن قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ (م ١، ٩) في فرنسا ونص المادة الأول من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها في مصر يدخل عنصر العملاء من ضمن مقومات المحل التجاري وإن لم تكن من أهم عناصره.

المشكلة تثور بالنسبة لعملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد وعملاء المهن الحرة كعملاء الطبيب والمحامي والمهندس والمحاسب فهل بيع العيادة أو المكتب يتضمن، على غرار المحل التجاري، عنصر العملاء؟ لا يوجد نص تشريعي في هذه المسألة. ولكن القضاء الفرنسي قد تعرض لهذه المسألة لكثرة المنازعات المعروضة عليه والتي يثيرها بصفة خاصة بيع عيادات الأطباء ومكاتب المحامين. والمبدأ الذي استقر عليه القضاء الفرنسي ليس له في الواقع فعالية حيث إن ما جرى عليه العمل جعل الاستثناءات تأخذ حكم القاعدة.

فالمبدأ النظري والعقلي أن عنصر العملاء المدنيين غير قابل للتصرف فيه[١] حيث إنه العنصر الوحيد المرتبط بالصفة الشخصية للمهني، وأن دور الاعتبار الشخصي يكون حاسماً، بينما دور العناصر المادية الأخرى (مكان العيادة) يكون أقل.

---

(١) Civ. 1, 7 fév, 1990, Bull. I, no 38, Rev. trim. dr.civ. 91. 325 note J. Mestre; civ.1, 20 oct. 1993, Bull. I, no 293 J.C.P. Not. 94. II. 113, note J.F. Pillebaud.

هذا المبدأ خفف منه الاستثناءات التي أصبح لها، في الواقع، قيمة القاعدة، فالعناصر المادية التي يرتبط بها عنصر العملاء تقوم بالنقود - كبيع الأدوات المهنية، والتنازل عن الحق في الإجارة - وبصفة خاصة الالتزام الذي يلتزم به المهني بتقديم خلفه للعملاء والامتناع عن فتح نشاط مماثل خلال زمن معين وفي نطاق جغرافي محدد (الالتزام بعدم المنافسة)[١]. كماأنه في جميع الحالات، يعتبر البائع مسؤولاً عن كل محاولة لاستقطاب العملاء[٢].

المطلب الثاني: المنع من التعامل

بطلان التصرف:

وهذا الأمر يتعلق بأشياء داخلة في دائرة التعامل ولكن لا يجوز مع ذلك التصرف فيها إما للاتفاق، كشرط المنع من التصرف[٣]، أو لنص في القانون بالنسبة لأشخاص معينين، كالقضاة والمحامين. والتصرف الذي يبرم بالمخالفة للشرط المانع من التصرف أو للحظر التشريعي يقع باطلاً. ولنعرض لذلك بشيء من التفصيل.

أولاً - حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء:

تنص المادة ٤٧١ مدني مصري على أنه «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً».

وتنص المادة ٣٨٠ موجبات وعقود على «أن القضاة والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق

---

(١) Civ. 1, 2 nov 1994, Bull. I. no 317, D. 94. I.R. 265.

(٢) Civ. 1,20 oct. 1993, précité.

وانظر في تفصيل أكثر

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 172 p. 133 et, F. Collart- Dutilleul, Ph. Delebécque, op.cit, no 125 p. 104, J. Huet, op.cit, no 11186, p. 135.

(٣) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٥ ص ٤٢ وما بعدها.

المتنازع عليها والداخلة في حيز اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها».

كما تنص المادة ٣٨١ موجبات وعقود على «أن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة».

ولدراسة هذه النصوص يجب أن نعرض لنطاق هذا الحظر، ثم نتعرف بعد ذلك على جزاء الحظر.

١ ـ نطاق الحظر:

لنقف على نطاق الحظر يجب أن نحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص، ومن حيث التصرفات ومحلها.

أ ـ نطاق الحظر من حيث الأشخاص:

ينصرف هذا الخطر إلى القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون. وهؤلاء الأشخاص قد ذكروا على سبيل الحصر، وبالتالي لا يجوز القياس عليهم. ولذلك لا يمتد هذا الحظر إلى الخبراء ومترجمي المحاكم أو وكلاء المحامين كتبتهم وخدم المحاكم وحجابها وفراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية[1].

ويقصد بالقضاة كل من ولي وظيفة القضاء طبقاً لقانون السلطة القضائية، أياً كان درجة المحاكم التي يعملون فيها وأياً كان نوعها. كما يستوي أن يكون قضاة في القضاء العادي أو مجلس الدولة.

والقضاة المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها قضاة المحكمة التي يدخل النزاع في دائرة اختصاصها. فقاضي المحكمة الجزائية يقتصر اختصاصه على محكمته وحدها. وقاضي المحكمة الابتدائية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته بما في ذلك المحاكم الجزئية التابعة لها حتى ولو كان النزاع يدخل في الاختصاص

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجوعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٥.

النهائي للمحكمة الجزائية. ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، كذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة، أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أي حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الجمهورية[1].

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة. ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها. ويمتد اختصاص النائب العام ومساعديه إلى جميع أنحاء الدولة. والمحامي العام في نطاق اختصاصه. والمحامي العام الأول في نطاق محافظته. والمحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض يمتد اختصاصهم إلى جميع أنحاء الجمهورية.

المحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين، وكل محامي يتحدد نطاق الحظر بالنسبة له بحسب درجة المحكمة التي يترافع أمامها.

وكتبة المحاكم ويندرج فيهم كتاب الجلسات، وغيرهم من الكتاب الذين يعملون في الأقسام الإدارية في المحكمة. والحظر بالنسبة لهم يشمل اختصاص المحكمة التي يعملون فيها.

وكذلك المحضرون، يشمل نطاق الحظر بالنسبة لهم دائرة اختصاص المحكمة التي يعملون فيها.

والعبرة بتوافر الصفة وقت الشراء، فلو كان القاضي يعمل في محكمة الإسكندرية واشترى حقاً متنازعاً فيه من اختصاص محكمة القاهرة، فإن هذا الشراء يبقى صحيحاً لو انتقل بعد ذلك ليعمل في محكمة القاهرة، وعليه في هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية لو عرضت عليه.

في القانون اللبناني: نطاق الحظر من حيث الأشخاص أضيق منه في القانون

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١١١ص ٢١٦، نقض ٢٠/ ٥/ ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٦١.

المصري حيث إن الحظر في هذا القانون لا يشمل أعضاء النيابة والمحضرين (المباشرين).

ب ـ نطاق الحظر من حيث التصرفات ومحلها:

يقتصر الحظر على البيع فقط دون غيره من التصرفات. كما أن هذا الحظر يمتد ليشمل البيع الذي يجريه هؤلاء الأشخاص بأسمائهم أو بأسماء مستعارة.

وقد أقام القانون اللبناني في المادة ٣٨١ موجبات وعقود قرينة قانونية على أن أزواج هؤلاء الأشخاص وأولادهم إن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعارين.

كما أنه يشترط أن يكون محل هذا البيع حقاً متنازعاً فيه وقت الشراء. ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدي (م ٢/٤٦٩ مدني مصري، م ٢٨١ موجبات وعقود)[1].

٢ ـ جزاء الحظر:

والجزاء المقرر في هذه الحالة هو البطلان. والبطلان هنا هو البطلان المطلق لأنه يتعلق بالنظام العام[2]. فالبطلان يقوم على أساس الحيلولة دون استغلال عمال القضاء لنفوذهم في شراء الحقوق المتنازع فيها، علاوة على إبعاد الشبهات عن عمال القضاء التي قد تثار عند شراء هؤلاء للحقوق المتنازع فيها التي تقع في دائرة اختصاصهم. وما يكون له من تأثير مباشر على حياتهم. وكل هذه أمور تتعلق بحسن تنظيم وسير مرفق القضاء مما يجعلها تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام.

ثانياً ـ حظر تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه:

تنص المادة ٤٧٢ مدني مصري على أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً» وسنعرض لنطاق الحظر، ثم لجزاء الحظر.

---

(١) نقض ٢٠/٥/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٦١.

(٢) نقض ١٥/٥/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ١٣٧٣.

١ ـ نطاق الحظر من حيث التصرفات ومحلها: هذا النص يمتد ليشمل كافة ضروب التعامل في الحق المتنازع فيه وليس الشراء فحسب، فلا يجوز له أن يشتري الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب له، ولا أن يرتهنه أو يقترضه... الخ. وفي هذا يتسع نطاق المادة ٤٧٢ مدني عن المادة ٤٧١ مدني والتي تقصر الحظر على الشراء فقط. كما أنه يشترط لقيام الحظر شرطان:

١ ـ أن يكون الحق متنازع فيه بالمعنى السابق الإشارة إليه وفي هذا يتفق نص هذه المادة مع المادة ٤٧١[١].

٢ ـ أن يكون المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه وفي هذا يختلف نص المادة ٤٧٢ عن نص المادة ٤٧١ حيث إن هذا الأخير أوسع لأنها تحظر على المحامي شراء الحق المتنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق[٢].

ويستوي أن يكون التعامل قد تم باسم المحامي أو باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق.

٢ ـ جزاء الحظر: البطلان المطلق للتصرف الذي أجراه المحامي مع موكله في شأن الحق المتنازع فيه. وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام لأنه يحول دون استغلال المحامين لنفوذهم لدى موكليهم وإجراء تصرفات في شأن الحق المتنازع فيه ضارة بمصالحهم.

المطلب الثالث: تقييد التعامل

بيع الحقوق المتنازع فيها:

استرداد الحق المتنازع فيه: الحقوق المتنازع فيها هي الحقوق التي رفعت بشأنها دعوى أمام القضاء، أو الحقوق التي يقوم في شأنها نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد.

---

(١) نقض ١٥/ ٥/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ١٣٧٣، إذا كان النزاع انتهى وانحسم عند حصول الشراء لا يجوز طلب البطلان.

(٢) نقض ١٥/ ٥/ ١٩٨٠ السابق الإشارة إليه.

وشراء الحقوق المتنازع فيه يقصد به غالباً المضاربة، حيث تشترى هذه الحقوق بأثمان بخسة ويجاهد مشتريها في إنهاء النزاع بصددها ثم بيعها بأثمان مرتفعة بعد ذلك. وليضع المشرع حد لمثل هذه المضاربات أجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري برد الثمن المدفوع مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. والاسترداد مرتبط بعلته أي القضاء على المضاربة لذلك حيث تنتفي المضاربة يمنع القانون الاسترداد في حالات استثنائية.

وقد نظم المشرع المصري بيع الحقوق المتنازع عليها تحت نفس العنوان في المادتين ٤٦٩، ٤٧٠ من القانون المدني.

وتنص المادة ٤٦٩ مدني على أنه «١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عليه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع» (يقابل المادة ١٦٩٩ مدني فرنسي).

«٢ - ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت فيه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي» (قارن المادة ١٧٠٠ مدني فرنسي).

وتنص المادة ٤٧٠ مدني على أنه «لا تسري أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية:

أ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد.

ب - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر.

جـ - إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته.

د - إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار.

وتنص المادة ٢/٢٨١ موجبات وعقود على أن «يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه. وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨. على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له».

ويلاحظ على النص اللبناني أنه غامض وناقص. ولذلك رجعنا إلى الأحكام الواردة في التقنين المدني الفرنسي في نصوص المواد ١٦٩٩، ١٧٠٠، ١٧٠١ باعتبار المصدر التاريخي لنصوص قانون الموجبات والعقود. ووجدنا أحكامها تكاد تكون مطابقة لأحكام القانون المصري مع فروق بسيطة جداً سنشير إليها في حينه. ولذلك ما سنعرضه تفصيلاً فيما بعد ينطبق على القانون اللبناني.

ولدراسة هذه الأحكام سوف نعرض أولاً لنطاق الاسترداد، ثم بعد ذلك لإجراءاته، وفي النهاية لآثاره.

أولاً ـ نطاق الاسترداد:

نحن نعلم أن الاسترداد مرتبط بعلته أي منع المضاربة والقضاء، أو على التقليل، من المنازعات. لذلك نرى أنه من المجدي أن ندرس هنا ما يجوز فيه الاسترداد وما لا يجوز فيه حتى يتحدد لنا بوضوح نطاق الاسترداد.

١ ـ ما يجوز فيه الاسترداد:

يستفاد من الأحكام السابقة أنه يجب أن يتوافر شرطين حتى يجوز الاسترداد:

١ ـ أن يكون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيه.

٢ ـ وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

الشرط الأول: يجب أن يكون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيه. وقد بينت المادة ٢/٤٦٩ مدني متى يعتبر الحق متنازعاً فيه بقولها «يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي».

الأولى: إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، وهذا يعني لا يكفي مجرد رفع دعوى بالحق وإنما يلزم أن يقوم النزاع في موضوع الحق ذاته. فإذا كان النزاع يتناول فقط مسائل شكلية في الإجراءات كعدم الاختصاص وعدم توافر الصفة فلا تكفي لاعتبار الحق متنازعاً فيه لأنها لا تمس موضوع الحق نفسه. وصدور حكم في الدعوى لا يكفي لجعل الحق غير متنازع فيه. إذ يبقى الحق متنازعاً فيه ما دام الحكم غير نهائي. فإذا أصبح الحكم نهائياً فإن النزاع في الحق يكون قد انحسم وبالتالي يصبح الحق غير متنازع فيه، ولا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية. لكن إذا طعن بالفعل فيه بإحدى هذه الطرق عاد الحق ليصبح متنازعاً فيه ويجوز فيه الاسترداد.

الثانية: إذا قام في شأنه نزاع جدي ولو لم يكن هناك دعوى مرفوعة بالحق[1] ومعرفة جدية أو عدم جدية النزاع أمر متروك لقاضي الموضوع ليبت فيه ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض.

القانون اللبناني: شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي (م ١٧٠٠ مدني فرنسي) لا يأخذ إلا بالحالة الأولى دون الثانية (م ٢/٢٨١ موجبات وعقود).

ويجب لكي يفتح الحق في الاسترداد أن يتوافر للحق هذه الصفة، أي يكون الحق متنازعاً فيه على النحو السابق بيانه، يوم النزول عنه بغض النظر عما يطرأ عليه بعد ذلك.

ويستوي في هذا الحق المتنازع فيه أن يكون حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، منقولاً أو عقاراً[2].

الشرط الثاني: أن يكون النزول عن الحق بمقابل، ويشترط في هذا المقابل أن يكون من النقود أو الأشياء المثلية حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري[3] وعلى ذلك فإن الاسترداد يجوز في البيع وفي غيره من التصرفات التي

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٣.
(٢) انظر تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٠٥ ص ١٩٩.
(٣) قارن أنور سلطان فقرة ٤٢٠ ص ٤٠٣ حيث جواز الاسترداد في المقايضة.

تكون بمقابل نقدي كالصلح والوفاء بمقابل.

لكن التصرف في الحق المتنازع فيه للغير تبرعاً لا يجيز الاسترداد لانتفاء علته، ولكنه إذا كان النزول عن الحق المتنازع فيه عن طريق الهبة مع التكليف، فإنه يلزم ألا يكون العوض في هذه الحالة من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل وإلا فتح الحق في الاسترداد.

٢ ـ ما لا يجوز فيه الاسترداد:

وقد نصت المادة ٤٧٠ مدني مصري (مقابل نص المادة ١٧٠٠ مدني فرنسي) على الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء علته، وهذه الحالات تتمثل فيما يلي:

أ ـ إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. مثال ذلك بيع التركة، فإذا كان فيها حق متنازع فيه فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة، فتنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات، فلا يجوز الاسترداد.

ب ـ إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر. ومثال الحالة الأولى تلقي شخصان لحق متنازع فيه عن مورثهم، ومثال الحالة الثانية شراء شخصان معاً لحق متنازع فيه. في أي من الحالتين إذا باع أحد الشريكين نصيبه في الحق للآخر، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة لانتفاء المضاربة.

جـ ـ إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته. وهذه الحالة تفترض أن للمدين حقاً متنازعاً فيه في ذمة آخر، فنزل عن هذا الحق لدائنه وفاء بالدين الذي في ذمته له. في هذه الحالة تنتفي المضاربة أيضاً حيث إن قبول الدائن للحق المتنازع فيه كان القصد منه استيفاء حقه لا المضاربة ما لم يثبت من الظروف غير ذلك.

د ـ إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار. وهذه الحالة تفترض أن هناك رهناً رسمياً مقرراً على عقار ضماناً لوفاء دين متنازع عليه ثم

تنصرف المدين الراهن في العقار، بالبيع، فإن المشتري، يسمى اصطلاحاً في لغة التأمينات العينية بالحائز[1] يتلقى العقار مثقلاً بالرهن الرسمي إلى أن يتم الوفاء بالدين من جانب المدين الراهن. هذا الحائز له طبقاً لأحكام الرهن الرسمي تطهير هذا العقار من هذا الرهن. والتطهير له إجراءات طويلة ومعقدة وغير مأمون العاقبة، فيفضل عنها شراء الحق المتنازع فيه المضمون بالرهن حتى يحول دون اتخاذ الدائن المرتهن إجراءات تتبع العقار بين يديه. ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين الراهن استرداد الحق المتنازع فيه لانتفاء المضاربة حتى ولو رجع الحائز على المدين الراهن بقيمة الحق الإسمية لا بمقدار ما دفع للدائن.

ثانياً - إجراءات الاسترداد:

تبدأ الإجراءات بإعلان من المدين إلى المشتري فقط دون الدائن. ولا يستلزم أي شكل خاص في هذا الإعلان. فإذا استجاب المشتري فإنه يتم الاسترداد بالتراضي. وإذا لم يستجب المشتري لهذا الإعلان فإن الاسترداد يكون عن طريق القضاء. وإذا حصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن في الحق المتنازع فيه، فإن المدين يطالب بالاسترداد عن طريق إدخال المشتري في الدعوى.

ويجب لكي يحدث طلب الاسترداد أثره أن يَرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن الحقيقي وفوائده من وقت الدفع والمصروفات والذي يجب أن يدفعه المدين أو يعرض عرضاً حقيقياً يتمثل فيما يلي:

١ - الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه وبالتالي لا عبرة بالقيمة الإسمية للدين، إذ عادة يدفع في شراء هذه الحقوق ثمن أقل من قيمتها الإسمية وهذا ما يتحقق به المضاربة. كما لا عبرة بالثمن الصوري الذي قد يذكره المتعاقدان في عقد التنازل، إذ قد يزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلا الاسترداد أكثر كلفة، على المدين أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات.

(١) انظر في تفصيل نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، فقرة ٧٨ ص ١١١.

٢ ـ فوائد الثمن الحقيقي محتسبة من وقت أن دفعه المشتري للبائع، وبالسعر القانوني في مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه إن كان منتجاً لها.

وإذا كان الثمن الذي اشترى المشتري به مؤجلاً وينتج فوائد، فإن المدين المسترد يلتزم بأداء هذه الفوائد حتى لا يتحمل المشتري أية خسارة بسبب الاسترداد.

٣ ـ المصروفات، يلتزم المدين بتعويض المشتري عن كل المصروفات التي تحملها، كمصاريف عقد البيع وأتعاب المحامي ومصاريف إعلان الحوالة وأية مصاريف أخرى.

ثالثاً ـ آثار الاسترداد:

يترتب على الاسترداد حسم النزاع في أمر الحق المتنازع فيه. ولا يعني مبادرة المتنازل ضده بالاسترداد أنه أقر بأن الحق ليس له ولكن قصد به وضع حد للخصومة القائمة. والاسترداد له آثار:

أولاً: على العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده.

ثانياً: على العلاقة ما بين المشتري والبائع.

ثالثاً: على العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

١ ـ في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده، يترتب على الاسترداد أن يحل المتنازل ضده محل المشتري اعتباراً من تاريخ البيع، أي يفترض أنه قد تلقى الحق من البائع مباشرة. ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي رتبها المشتري على الحق، كالرهن وغيره، يسقط. كما يسقط الحجز الذي يكون دائن المشتري قد وقعه تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً.

٢ ـ في العلاقة ما بين المشتري والبائع، يبقى البيع قائماً ومرتباً لآثاره، إذ يظل المشتري ملزماً بأداء الثمن له إذا لم يكن قد دفعه. فالاسترداد موجه ضد المشتري وحده دون البائع، فلا أثر لهذا الاسترداد على البيع القائم بينهما وذلك بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، إذ في هذه الحالات يكون الحلول في

عقد البيع ذاته، أي يحل الشفيع أو المسترد محل المشتري نحو البائع. أما استرداد الحق المتنازع فيه لا يحل المسترد محل المشتري في عقد البيع، حيث إن البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، كما لا يرجع المشتري على البائع بالضمان لأن لا ضمان في هذا البيع ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً فيه، إذ في هذه الحالة يحق له الرجوع على البائع بالضمان والتعويض.

٣ - العلاقة ما بين البائع والمسترد، هذه العلاقة تبرز وجه الخصوصية في حق الاسترداد حيث أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع، فهو إذن لا يتلقى الحق، بل ينهيه إذا كان حقاً شخصياً، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً، وبالتالي لم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه[1].

المبحث الرابع: ملكية البائع للمبيع

- بيع ملك الغير:

إن البيع يعتبر عقداً ناقلاً للملكية، ولذلك يجب، لتحقيق هذه الغاية، أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى يستطيع نقل ملكيته. ولذلك ثارت مشكلة بيع ملك الغير.

وقد نظم المشرع المصري بيع ملك الغير تنظيماً تفصيلياً.

نصت المادة ٤٦٦ مدني مصري على أنه «١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل» «٢ - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

وتنص المادة ٤٦٧ مدني مصري على أنه «١ - إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري» «٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٠٧ ص ٢٠٥ وما بعدها.

وتنص المادة ٣٨٥ موجبات وعقود لبناني على أن «بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية:

١ - إذا كان المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط.
٢ - إذا أجازه المالك.
٣ - إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع.

أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك.

ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير.

- كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦».

ولدراسة بيع ملك الغير يجب أولاً أن نعرض لشروطه حتى نستطيع تحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نبين أحكامه.

أولاً - شروط ملك الغير:

يتضح من النصوص السابقة أنه يلزم لاعتبار البيع بيعاً لملك الغير أن يتوافر الشروط الثلاثة الآتية:

١ - أن يكون الشيء معين بالذات، ويترتب على ذلك:

أ - أنه إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع أي من المثليات، فإن البيع يكون صحيحاً، حتى ولو لم يكن البائع مالكاً للمبيع وقت البيع ويرجع ذلك إلى أن البائع يلتزم في هذه الحالة بأن يؤدي للمشتري شيئاً يتوافر فيه الوصف المطلوب. كما أن ملكية الشيء المعين بالنوع لا تنتقل إلى المشتري في الحال وإنما بعد الإفراز. وبناء على ذلك لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع لأن التنفيذ العيني ممكن في جميع الحالات بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع.

ب - أنه إذا كان المبيع شيئاً مستقبلاً وفقاً لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فلا يكون بيعاً لملك الغير، وبالتالي لا يطوله الجزاء المقرر. ويرجع ذلك إلى أن

الشيء المستقبل لم يعين بعد بذاته، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ولا يحسم ذلك إلا عندما يتعين بالذات. فبيع الشيء المستقبل يرتب على البائع التزام بنقل ملكية المبيع وهو شيء قابل للوجود، فعلى البائع إيجاده ثم نقل ملكيته.

٢ ـ أن يكون الشيء غير مملوك للبائع، ويترتب على ذلك:

أ ـ تعهد شخص لآخر بأن يجعل المالك يبيع له شيء معين، فإن هذا تعهد عن الغير لا ينشىء أي التزام على المالك وإنما ينشىء على المتعهد التزام بحمل المالك على بيع هذا الشيء قد يفلح فينقضي التزامه وقد يفشل فيتحمل مسؤولية ذلك بدفع التعويض المناسب.

ب ـ بيع الشيء الشائع من جانب أحد الشركاء لا يعتبر بيعاً لملك الغير لأن الشريك الشائع يملك حصة في الشيء الشائع كله، فحقه يرد على الشيء الشائع كله وإن كان محدداً بقدر حصته[1].

جـ ـ بيع الوارث الظاهر، لا يقع باطلاً باعتباره بيع لملك الغير، وإنما هذا البيع يعتبر صحيحاً إذا توافر له شرطان:

١ ـ إذا كان المشتري حسن النية لا يعلم أن البائع غير مالك للشيء.

٢ ـ الخطأ الشائع، كل الناس تعتقد أن البائع هو المالك، فالخطأ الشائع يولد الحق. والإقرار بصحة هذا البيع في هذه الحالة تمليه اعتبارات استقرار المعاملات[2].

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص ١٢٢.

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/٢٩، مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ص ٩٨٠ ع ١، وقد رفضت المحكمة اعتبار بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي. واعتبرت هذا البيع بيع لملك الغير طبقاً للمادة ١/٤٦٦ مدني ورفضت الخروج عن صريح النص بدعوى استقرار المعاملات ولعدم وجود نص خاص في هذه الحالة على خلاف حالات أخرى كثيرة. ونحن لا نؤيد محكمة النقض فيما ذهبت إليه لأن كل النصوص التي أوردتها تطبيقات يمكن ردها إلى فكرة عامة واحدة وهي حماية الأوضاع الظاهرة وحماية الغير حسن النية لتحقيق استقرار المعاملات وهي أسس ومبادىء يقوم عليها القانون =

٣ ـ أن يقصد الطرفان نقل الملكية في الحال، ويترتب على ذلك:

أ ـ إذا كان البيع مؤجلاً إلى اليوم الذي يتملك البائع فيه المبيع لا يعتبر بيعاً لملك الغير، لأن الطرفين لا يقصدان نقل الملكية في الحال وإنما بعدما يتملك البائع الشيء المراد بيعه.

ب ـ بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط، واقف أو فاسخ، لا يعتبر بيعاً لملك الغير. فالبائع هنا باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك مهدد بالزوال بأثر رجعي. فإذا تحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري مؤكدة وباتة، والعكس صحيح إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ زالت ملكية المشتري بأثر رجعي.

جـ ـ الوعد الملزم للجانبين، الذي يلتزم بمقتضاه الواعد أن يكتسب ملكية شيء مملوك للغير بقصد نقل ملكيته إلى شخص تعهد بأن يكون المشتري له، في هذه الحالة ليس هناك بيع لملك الغير. إذ لا يترتب على هذا العقد نقل الملكية في الحال.

ثانياً ـ أحكام بيع ملك الغير:

ـ مركز مركب ـ ازدواجية في الجزاء: البطلان وعدم النفاذ:

بيع ملك الغير يكشف عن مركز مركب تتناقض فيه المصالح. فلدينا طرفا العقد، البائع والمشتري، ومالك الشيء المبيع، هناك تعارض في المصالح بين المشتري ومالك الشيء المبيع. أمام هذا المركز المركب أراد المشرع أن يحقق التوازن والحماية لكل من المشتري والمالك الحقيقي فقرر قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري، وفي نفس الوقت عدم نفاذ العقد في مواجهة المالك الحقيقي. نتيجة لتراكب الجزاءين في المركز المركب الواحد وجدت صعوبات في تحديد طبيعة هذا الجزاء، ولذلك اختلف الفقه في تأصيل البطلان المقرر في هذه الحالة اختلافاً شديداً[١]. ولذلك يجب أن يفهم جزاء بيع ملك الغير على ضوء هذه

= المدني ولا يحتاج الأمر فيها إلى نص وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر منذ زمن طويل ويعتبر هذا الحكم خروجاً على ذلك ليس له ما يبرره.

(١) انظر في تفصيل ذلك، منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٣ ص ٢٤٣، وما بعدها، =

الحقيقة، وبالتالي محاولة التوفيق في تطبيق القابلية للإبطال وعدم النفاذ في وقت واحد وإزالة ما قد يقع بينهما من تضارب[1].

ولنبحث الآن الحكم الذي قررته المادة ٤٦٦ ـ ٤٦٧ مدني مصري والمادة ٣٨٥ موجبات وعقود على النحو التالي:

١ ـ حكم العقد فيما بين المتعاقدين:

عقد بيع ملك الغير عقد قائم منتج لآثاره فيما بين المتعاقدين إلا أن يحكم بإبطاله[2] وأن هذا الإبطال تقرر لمصلحة المشتري[3]. ولنعرض الآن للاحتمالات المتوقعة في هذه الحالة.

أولاً: إذا تمسك المشتري بإبطال العقد فإن على القاضي أن يجيبه إلى طلبه،

= السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ١٥٥ ص ٢٧٦ وما بعدها.

(١) وكثير ما يلجأ المشرع إلى جزاء البطلان خارج نطاقه الفني لتحقق غايات معينة مثل ذلك بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف وغيره الكثير. ولذلك كثير ما يثير هذا البطلان الكثير من المشاكل لخروجه على القواعد العامة.

(٢) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٤، نقض ٤/١/١٩٦٣ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٤ ص ٢٩٨، نقض ٢٢/١٠/١٩٨٦ الطعن رقم ٧٨٠ س ٥١ سعيد شعلة ص ٤٥٦.

(٣) نقض ٤/١/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ص ٢٩٨ حيث قررت المحكمة أن للمشتري وحده دون غيره طلب إبطال العقد، نقض ١٨/٤/١٩٦٨ نفس المجموعة، س ١٩ ص ٧٨، ١٠/١/١٩٧٩، نفس المجموعة، س ٣٠ص ١٧٣، نقض ٢٥/١٢/١٩٨٥، الطعن رقم ١٦١٨ س ٥٠ سعيد شعلة، ص ٤٠٦.
أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع، ويذهب البعض إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٤ ص ٣٤٧، ٣٤٨. ويذهب البعض الآخر إلى رفض إعطاء البائع طلب الإبطال في هذه الحالة أيضاً، لأنه يتعارض مع التزامه بالضمان، وأنه في هذه الحالة يعتبر مقصراً في بيعه شيئاً غير مملوك له. أنور سلطان، فقرة ٤٠٦ ص ٣٩٣، سليمان مرقس، فقرة ٢٧٠، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٩٩. ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يطالب بالإبطال لأن الإبطال لم يتقرر لحمايته، ولكن له رفع دعوى الاسترداد على حائزة، كما أن البيع غير نافذ في حقه.

إذ له مصلحة واضحة في ذلك وهو استناده إلى عدم تملك البائع للشيء المبيع، وبالتالي عدم إمكانية نقل ملكيته له.

يترتب على الحكم بإبطال العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين ويترتب عليه وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، بأن يرد البائع الثمن إلى المشتري، ويرد المشتري الشيء المملوك للغير إن كان قد تسلمه.

علاوة على ذلك يجوز للمشتري أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب إبطال البيع. ولكن يشترط للاستجابة إلى طلبه هذا أن يكون حسن النية، أي لا يعلم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع[1] لكن لا يلزم في المقابل أن يكون البائع سيء النية، أي يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له، فحتى لو كان البائع حسن النية لا يمنع ذلك من مطالبة المشتري بهذا التعويض. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدني بقولها «إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية».

ثانياً: إذا لم يتمسك المشتري بإبطال البيع، أو سقط حقه في التمسك بالإبطال بالتقادم[2]، أو أجاز العقد، على أن الإجازة (أو التأييد) La confirmation هنا يقصد بها التنازل عن الحق في التمسك بالإبطال[3] في كل هذه الحالات يتأكد

---

(١) نقض ١٥/٨/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض، س ١٨ ص ١٥٠ إذ كان المشتري سيء النية ليس أن يطالب بأي تعويض.

(٢) وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت البيع طبقاً للقواعد العامة. انظر السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ١٦٢ ص ٢٨٩، ٢٩٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٤ ص ٢٤٩، ٢٥٠، إسماعيل غانم ص ١٧، وقارن سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ١٩٦٨ فقرة ٢٦٩ ص ٤٤٩، ٤٥٠ وانظر في الرد عليه السنهوري، فقرة ١٦١ ص ٢٩٠ هامش ١.

(٣) انظر في ذلك أستاذنا

G. Couturier, la confirmation des actes nuls, Thèse Paris 1969, L.G.D.J. 1977, préf. J. Flour.

وانظر في الفرق بين الإجازة والتصحيح =

وجود العقد بزوال ما كان يتهدده من خطر الإبطال ويعتبر صحيحاً من وقت انعقاده ومنتجا الأثارة بين البائع والمشتري[1]. ومع ذلك هذا البيع لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، لأن البائع لا يملك المبيع، كما أن الملكية لا تنتقل من المالك الحقيقي، وهو أجنبي عن العقد، إلا برضائه. لكن البائع يكون ملتزماً بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من التزامات، ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع. وقد يفعل المشتري ذلك على أمل تصحيح العقد عن طريق إقرار المالك أو تملك البائع للمبيع.

وبالرغم من ذلك فإن البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه لذلك فإن للمشتري أن يطالب بفسخ البيع والتعويض إن كان له مقتضي.

ثالثاً: تصحيح البيع بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع: ينقلب البيع صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٤٦٧/ ٢ مدني مصري) وبالتالي يزول سبب الإبطال، ولم يعد للمشتري الحق في التمسك به ويتأكد العقد ويرتب البيع كافة آثاره. ويلزم أن يتملك البائع المبيع قبل تمسك المشتري بالإبطال، لأن لو حدث ذلك بعد التمسك بالإبطال فلا يكون هناك محل يرد عليه التصحيح، وتملك البائع للمبيع قد يكون بسبب الميراث، كأن يرث البائع المالك الحقيقي، أو بسبب الشراء، كأن يشتري المبيع منه، أو بسبب الوصية أو بأي سبب آخر.

٢- حكم العقد بالنسبة إلى المالك الحقيقي:

ويجب في هذه الحالة أن نفرق بين مرحلتين:

= Chr. Dupeyron, la régularisation des actes nuls, Thèse Toulouse, L.G.D.J. 1973, préf. P. Hebraud.

وقارن السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ١٦٣ ص ٢٩٣ حيث يقول أن الإجازة تقلب العقد صحيحاً فيما بين المتعاقدين، وهي في الحقيقة لا تقلبه صحيحاً ولكن يتأكد العقد ويتأكد بزوال الخطر الذي كان يتهدده.

(١) نقض ٢٥/ ١٢/ ١٩٨٥، الإشارة إليه، وقد قررت محكمة النقض علاوة على ذلك إنتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد إلى ورثة كل من الطرفين.

(أولاً) ـ المرحلة الأولى: قبل نفاذ البيع في حقه:

في جميع الأحوال البيع غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي ويعتبر أجنبياً عن هذا العقد، فلا يلزمه بشيء إلا إذا أقره[1]. وبناء على ذلك يبقى المالك الحقيقي مالكاً للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز هذا الأخير البيع حيث أن الإجازة قاصر أثرها على العلاقة فيما بين المتعاقدين ولا تسري في حق المالك. فالمالك يستطيع إذن أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق، في حالة تسلم المشتري المبيع، وأن يرجع على البائع بالتعويض، بل له أكثر من ذلك أن يرجع على المشتري سيء النية ليطالبه بالتعويض. أما إذا كان المشتري حسن النية فلا رجوع عليه بالتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار، ويرجع المشتري بدوره على البائع بضمان الاستحقاق، أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال كما سبق أن بينا.

لكن قد يتعطل رجوع المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق على المشتري إذا توافر لهذا الأخير سبب آخر من أسباب كسب الملكية غير البيع. فالمشتري إذا كان حسن النية يمكن أن يكسب المنقول بالحيازة والعقار بالتقادم القصير[2]، بل في حالة سوء نيته قد يكسب كلاً من المنقول والعقار بالتقادم الطويل. في هذه الحالة يكون للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض. علاوة على رجوعه بالتعويض عن الثمار التي اكتسبها المشتري حسن النية أو عن الضرر الذي أصابه من جراء خروج المبيع من يده إذا توافرت شروط ذلك.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٣٨٥ موجبات وعقود في فقرتها الأخيرة على أن «كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المقرر السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦».

ففي خصوص تملك المشتري المبيع بالتقادم يجب أن نفرق هنا بين الحقوق المقيدة في السجل العقاري وبين الحقوق غير المقيدة. فبالنسبة للأولى لا يسري

---

(١) نقض ١٤/٢/١٩٨٨ الطعن رقم ١٣٥١ سنة ٥٤ ق سعيد شعلة ص ٤٥٧.

(٢) نقض ٢٦/٤/١٩٨٨، الطعون رقم ٣٠٤، ٧٩٢، ٦٥٣ س ٥٥ ق سعيد شعلة ص ٤٥٧.

مرور الزمن عليها (م ٢٥٥ ملكية عقارية) أما بالنسبة للثانية تنص المادة ٢٥٧ ملكية عقارية على أن «يكتسب الحق في القيد في السجل العقاري، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة خمس سنوات، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محق، وإذا لم يكن لديه سبب محق، فمدة خمس عشرة سنة».

وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٣٨٥ موجبات وعقود وأحكام السجل العقاري نجد أن من اشترى عقاراً بحسن نية مستنداً في ذلك إلى قيود وبيانات السجل العقاري لا تنزع ملكيته. ذلك أن هذه القيود تكتسب قوة ثبوتية مطلقة لا يمكن إثبات عكسها. فإذا اشترى شخص عقاراً بالاستناد إلى تلك القيود أعتبر أنه اشترى من المالك، حتى ولو كان غير مالك، طالما أن البائع مقيداً في دفتر الملكية على أنه هو المالك للعقار.

أما إذا كان المشتري سيء النية فإنه لا يمكن أن يتذرع بمفعول القيود إذا كان يعلم أن البائع ليس مالكاً، أي أنه هنالك من الأسباب ما يهدد هذه الملكية (م ٢٣ من القرار) ولذلك لا تصان حقوقه قبل المالك الحقيقي ويكون للمالك الحقيقي دعوى الاسترداد ضد من مسح العقار على اسمه دون حق وبذلك يتعرض المشتري لنزع الملكية من بين يديه.

ولكل شخص تضرر في حقوقه بسبب قيد أو تحوير أو ترقين جرى بدون سبب شرعي أن يحصل على إبطاله أو على تحويره ولا يكون ذلك إلا بمقتضى حكم من القضاء أو إذا رضي بذلك خطأ ذوو العلاقة (م ١٤ من القرار)[1].

(ثانياً) ـ المرحلة الثانية: بعد نفاذ البيع بإقرار المالك الحقيقي:

لكي يكون لهذا الإقرار la ratification مفعول أو أثر يجب أن يصدر من المالك قبل تمسك المشتري بالإبطال، لأن التصرف الذي يريد إقراره ليصبح نافذاً في مواجهته قد زال بالإبطال واعتبر كأن لم يكن ليس بالنسبة للمتعاقدين فحسب

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٨١ ص ١٥٤، ١٥٥.

بل بالنسبة له أيضاً.

وإقرار المالك، في حالة تدخله في الوقت المناسب، يعطي للعقد كامل فعاليته ويجعله صحيحاً وبالتالي يتحقق لهذا العقد إمكانية التنفيذ. ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير حتى تنتقل الملكية من المالك الحقيقي للمشتري. ويترتب على هذا الإقرار أيضاً أن يسقط حق المشتري في التمسك بالإبطال لزوال سببه، إذ ليس له حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد، كما أن هذا الإقرار يجعل إجازته أيضاً غير ذات موضوع إذا ما صدرت بعد هذا الإقرار.

وإقرار المالك يترتب عليه أن يجعل العقد صحيحاً من وقت إبرامه بالنسبة للمشتري، ولكن العقد لا يسري في حق المالك الحقيقي إلا من وقت الإقرار فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا أيضاً فيما يتعلق بحقوق الغير. وعلى ذلك إذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق وفي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي[1].

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١٦٦ ص ٢٩٨.

الفصل الثالث: الثمن

- الثمن النقدي عنصر جوهري في عقد البيع:

والثمن هو المبلغ النقدي الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع كمقابل لنقل ملكية الشيء المبيع[1]، وهو بذلك يشكل ركن أساسي من أركان عقد البيع، بدون ثمن ليس هناك بيع. ولهذا الثمن أهمية كبيرة للتفرقة بين عقد البيع وغيره من العقود التي قد تشتبه به على النحو السابق بيانه. ولذلك يشترط في هذا الثمن النقدي أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جدياً ولنعرض ذلك بشيء من التفصيل.

---

(١) الثمن من الناحية الاقتصادية يشمل:

١ - قيمة الشيء التي تتحدد طبقاً لقانون العرض والطلب.

٢ - وهامش الربح الذي يعود على البائع وهو الذي يعتبر المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها: الظروف، ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الاقتصادية.

٣ - المصاريف المختلفة، مثل الرسوم والضرائب، نفقات التعبئة والتخزين وغير ذلك. وهي تأخذ حكم الثمن فتقع على عاتق المشتري ما لم يوجد اتفاق مخالف.

أما الثمن من الناحية القانونية فهو يشمل كل العناصر التي تعود بالفائدة على البائع والتي تقابل في ذمته المالية قيمة الشيء المبيع. ولذلك يكون الثمن في المعتاد مبلغ من النقود يعطى للبائع بالإضافة إلى المصاريف المختلفة، لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الثمن على شكل مقاصة بين ديون البائع للمشتري وحقوق المشتري على البائع، أو يكون في شكل دفع دين للغير على البائع وهذا يمكن تكييفه على أنه تعيين لجهة الدفع إذا لم يقبل الدائن صراحة أن يكون المشتري مديناً له، أو إنابة في حالة قبوله. انظر في تفصيل ذلك
Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit 210, 202 p. 150.

المبحث الأول: شرط التقدير

- التقدير أو القابلية للتقدير:

الثمن يعتبر ركن أساسي من أركان عقد البيع، مثل الشيء المبيع، ولذلك يجب أن يتم الاتفاق عليه فيما بين المتعاقدين. فأي خلاف حول الخصم أو المصاريف أو حتى حول كيفية الدفع - إذا اعتبرها المتعاقدين عنصراً أساسياً - يحول دون إنعقاد عقد البيع، لكن على العكس من ذلك إذا كان هناك غموض أو إبهام في إرادة المتعاقدين فإن الأمر يتعلق بالتفسير العقد طبقاً للقواعد العامة.

وعلى ذلك يجب أن يحدد المتعاقدين الثمن (م ٣٨٦ موجبات وعقود) أو على الأقل أن يتفقا على الأسس التي يحدد بمقتضاها الثمن فيما بعد (م ٤٢٣/ مدني مصري) ويتضح من ذلك أنه ليس من الضروري أن يحدد الثمن في شكل رقم محدد وقت إبرام العقد لأن ذلك يضحى، بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي، مستحيلاً في معظم الصفقات الآجلة، ولذلك يكفي أن يكون الثمن قابلاً للتقدير، بمعنى يمكن تحديده طبقاً لعناصر موضوعية، فلا يكفي الاتفاق على بيع الشيء بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل، وإنما يكفي الاتفاق على أن يكون الثمن مساوياً للثمن الذي اشترى به البائع، أو مساوياً للثمن الذي باع به البائع لشخص آخر، أو مساوياً لسعر السوق[(١)] وكذلك يجوز الاتفاق على أجنبي لتقدير الثمن.

لكن يقع البيع باطلاً إذا ترك تحديد الثمن لمشيئة أحد المتعاقدين فقط، البائع أو المشتري، لأنه لا يجوز أن يترك لمحض مشيئة أحد الأطراف تحديد شريعة العقد، بحيث يكون أحد المتعاقدين تحت رحمة الطرف الآخر، يكفيه مجرد الامتناع عن تقدير الثمن حتى يبطل العقد[(٢)].

إذا لم يحدد المتعاقدين ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر

---

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ زمن طويل

Rey. 7 janv. 1925, D.H.25.57.

(٢) J. Ghestin, *L'indétermination du prix de la vente et la condition potestive*, D. 1975 chr. 293.

الذي جرى عليه التعامل بينهما (م ٤٢٤ مدني مصري).

وعلى ذلك سنعرض للأسس الموضوعية لتقدير الثمن، ثم نبين الحالة التي يترك فيها تقدير الثمن لأجنبي.

أولاً ـ أسس تقدير الثمن:

وسنعرض للأسس التي نص عليها القانون المدني، وهي سعر السوق، والسعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين، ونتساءل أخيراً عن مدى إمكانية تحديد الثمن بربطه بعائد الشيء المبيع.

١ ـ أساس التقدير سعر السوق:

قد نصت المادة ٢/٤٢٣ مدني مصري على أنه «إذا اتفق على الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية»[١].

إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق، فإن الثمن هنا غير مقدر، ولكنه قابل للتقدير وذلك بالرجوع إلى سعر السوق. وبصفة عامة عندما يتفق المتعاقدين على أن يكون الثمن هو سعر السوق فإنهما يقصدان السعر الجاري في يوم التسليم، ولذلك إذا وجد شك في تحديد زمان ومكان سعر السوق قد أخذ المشرع المصري بالغالب في هذه الحالة واعتبر أن الثمن هو سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري[٢] ويتضح من ذلك أنه

(١) والقانون حسم خلاف سائد إلى الآن في فرنسا حيث أن القضاء يذهب في هذه الحالة إلى بطلان البيع انظر

Com. 10 déc 1979, Bull. IV, no 329; com, 21 mars 1983, Bull. III no 110.

(٢) فإذا باع شخص غلال بسعر السوق، وكان التسليم في شهر أكتوبر، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الإسكندرية في شهر أكتوبر. فإذا كان التسليم في كفر الزيات، كانت السوق سوق كفر الزيات، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة. السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٠ ص ٣٧٦.

في حالة تحديد الثمن بسعر السوق أن تسليم المبيع ودفع الثمن مضافان إلى أجل. وهذا التحديد يكون مألوفاً في فترة عدم الاستقرار الاقتصادي حيث يستحيل على البائع توقع الثمن المستقبل الذي يحقق له عائد من بيع بضائعه.

فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، كما لو كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منظم، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية[1].

٢ - أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين (م ٤٢٤ مدني مصري):

نصت المادة ٤٢٤ مدني مصري على أنه «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما».

يتضح من ذلك أنه ليس من الضروري أن يحدد المتعاقدان الثمن برقم محدد وقت التعاقد طالما أنه يمكن أن يستشف من ظروف التعاقد أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة، إذ في هذه الحالة يكون الثمن قابلاً للتقدير ويرجع في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار لنفس الشيء المبيع في نفس القطاع أو المجال وفي ظروف مماثلة[2] والسعر المتداول بين التجار غير

(١) والقضاء الفرنسي، لعدم وجود نص مماثل، متشدد في هذه الحالة فيشترط أن يكون سعر السوق غير متحكم فيه أي من البائع أو المشتري، فإذا كان كذلك كان البيع باطلاً. وكذلك إذا تم الإحالة إلى سعر سوق غير موجود انظر

Com, 10 déc. 1975, 12 mars 1983 précités.

في بيع السيارات الجديدة في أوروبا هناك شرط معتاد ينص على أن «الثمن الذي يؤخذ به هو الثمن الذي سيكون سائداً في يوم تسليم السيارة أياً كان اتجاه تغير الأسعار، بالارتفاع أو بالانخفاض» والقضاء في فرنسا متردد بين بطلان وصحة هذا البيع. كما أن لجنة الشروط التعسفية تمنت أن يعلن اعتبار هذا الشرط تعسفياً انظر في ذلك

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit, no 209 p. 155.

(٢) قارن ما ورد في نص المادة ٥٥ من اتفاقية فيينا في ١١ أبريل ١٩٨٠ والمتعلقة بعقود البيع الدولية للبضائع.

محدد بوصف معين، بمعنى يستوي أن يكون هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر السوق المحلية في مكان التسليم أو غيره من الأمكنة، كما أن المشرع لم يشترط فيه أي شرط خاصة بعدالته أو بمعقوليته[1] وذلك ستكون العبرة في تحديد ثمن الشيء المبيع على النحو السابق بقطع النظر عن قيمة المبيع في ذاته فيستوي أن يكون السعر المتداول بين التجار أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية.

وقد يظهر من الظروف والملابسات اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اعتماد السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما، فيكون الثمن قابلاً للتقدير، ويرجع في تقديره إلى هذا السعر الذي جرى عليه التعاملات السابقة بينهما.

٣ - تقدير الثمن المرتبط بعائد الشيء المبيع:

في الوقت الحديث أصبح من المألوف أن البائع يرغب في الاشتراك في عائد الشيء. مثال ذلك في بيع براءة الاختراع يشترط غالباً أن الثمن المستحق للبائع سيكون بالنظر إلى العائد الذي يتحصل عليه المشتري. وكذلك بالنسبة للموزع الحصري Concession d'exclusivité حيث يكون المشتري الموزع عليه التزام ببيع حد أدنى من الأشياء، الثمن في هذه الحالة يعتمد على عدد الأشياء المباعة للمستهلكين. وأيضاً فيما يسميه الإنجليز The sale forward، وهو منتشر في كل من هولندا وأنجلترا وكندا، في بيع العقارات للاستعمال التجاري، هناك جزء من الثمن يكون مكون في بعض الأحيان من جزء من الإيجارات المستحقة للمشتري من المستأجرين لهذه العقارات يدفعها المشتري للبائع خلال مدة معينة.

(١) القانون الأمريكي أكثر مرونة حيث إنه يسمح بصحة البيع التجاري الذي لم يتضمن تحديداً للثمن، إذ في هذه الحالة يكون الثمن هو الثمن المعقول وقت التسليم. والقانون الألماني يسمح بإمكانية ترك تحديد الثمن لتقدير أحد الأطراف في الحدود التي لا يكون فيها الثمن غير عادل بالنظر إلى مصلحة الطرف الآخر انظر

I. Corbisièr, La détérmination de prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives, Rev. inter. dr.compar. 1988. 767 et s. (droits français, belge, anglais, américain, surtout Louisianais); Strauch et Neumann, la détérmination des prix et autres prestations en droit allemand des contrats, Dr. et prat de com. inter. 1980. 133-147 pour le droit blege, Paulus de Rode, ibid. 89-94 pour la droit américain, ibid 1981. 1310.

في القانون الفرنسي المحاكم قررت، بصفة عامة، أن هذا البيع صحيح لأن البائع ليس تحت رحمة المشتري ولكن هناك بعض المخاطر التجارية المقبولة[1]. ولكن هناك أيضاً بعض الأحكام التي التزمت حرفية النصوص وحكمت ببطلان البيع لعدم تحديد الثمن، ولأن المشتري هو الحكم في تحديد الثمن مما يجعل البائع تحت رحمته[2].

في القانون المصري هذا البيع يعتبر صحيحاً على ضوء الأحكام التفصيلية التي أوردها المشرع في هذا الصدد وخاصة وأن تحديد الثمن يرتكن إلى أسس موضوعية غالباً ما تكون مرتبطة بسعر السوق أو بالسعر المتداول في التعامل بين التجار.

في القانون اللبناني: يأخذ القضاء في أحكامه بهذه القواعد في مجملها وإن كان أقرب منه إلى موقف القضاء الفرنسي على النحو المبين منه إلى القانون المصري.

ثانياً: تقدير الثمن بمعرفة الغير:

لم يرد نص في القانون المدني المصري يسمح للغير بتقدير الثمن، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشمل على نص المادة ١٨٥ اقتبس من المواد ٣١٥، ٣١٧، ٣١٩من التقنين الألماني وكان يخرج في بعض المسائل عن القواعد العامة. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص من المشروع النهائي[3] ويذهب الفقه مع ذلك إلى جواز تقدير الثمن بمعرفة الغير طبقاً للقواعد العامة وخاصة وأنه ليس هناك ما يحول دون ذلك[4].

وتنص المادة ٣٨٦ موجبات وعقود على أنه «يجوز أن يفوض تعيين الثمن

(١) Req. 5 mai 1905, D. P. 06. I. 360.

(٢) Com. 5 mai 1959, Bull. III, No 193, D. 59. 575.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٥، ص ٢١٦ في الأمس.

(٤) وإن اختلف الفقهاء فيما بينهم في تحديد طبيعة عمل الغير في تحديد الثمن، انظر أنور سلطان، فقرة ١٤٦ ص ١٦٥ وما بعدها. السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٢ ص ٣٧٨، ٣٧٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ٣١ ص ٥٥ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٤٠، سمير تناغو، فقرة ٢٦ ص ١١٠، ١١١.

إلى شخص ثالث، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع» هذا النص يقابل نص المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي.

يتضح من النصوص السابقة أنه قد يترك المتبايعان تحديد الثمن لغيرهما باعتباره أقدر منهما على القيام بهذه المهمة أو لأنهما يثقان في تقديره. وقد يتفق الطرفان مباشرة على تعيين هذا الغير الذي يعهد إليه بمهمة تحديد الثمن، وقد يتفقان على الطريقة التي يتم تعيينه بها في العقد ذاته، كأن يتفقا على أن يكون هذا التعيين للمحكمة، فتقوم بذلك بناء على التراضي بين الطرفين، لا من تلقاء نفسها حيث إن ذلك ممتنع عليها[1].

وإذا تم الاتفاق مباشرة على شخص معين للقيام بتحديد الثمن، أو ترك تعيينه للمحكمة، وقامت بتعيينه، فإن العقد يقوم صحيحاً وإن كان الثمن غير مقدر إلا أنه قابل للتقدير.

وإذا ما قام الشخص الثالث بتحديد الثمن التزم كل من البائع والمشتري بهذا التحديد لأنه استمد سلطته من تفويضهما له. فهو وكيل عنهما في ذلك ويسري تقديره في حقهما. ويعتبر البيع قد تم لا من وقت تقدير المفوض للثمن بل من وقت الاتفاق على تعيينه حيث كان الثمن مستجمع لكل أركانه ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير[2]. ويترتب على ذلك أن ملكية المبيع إذا كان معيناً بالذات تنتقل من وقت البيع، وفي العقار من وقت التسجيل فلو سجل العقد قبل تقدير المفوض[3].

وإذا لم يقم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لعجزه فلا ينعقد عقد البيع (م ٣٨٦ موجبات وعقود) ولا يستطيع القاضي إجبار المفوض على تقدير الثمن، كما لا يمكن تعيين شخصاً آخر مكانه. كما أنه ممتنع على القاضي تقدير الثمن بنفسه[4] ولكن يمكن للطرفان تعيين شخص آخر يحل محله. ويجب

---

(١) Civ. 25 avr. 1952, D.52. 635, J.C.P. 52 II. 7181, Gaz. lal. 52. II. 71, Rev. trim. dr. civ. 52.515 note J.Carbonnier.

(٢) Com. 25 mai 1981, Bull. IV, no 244.

(٣) السنهوري الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢١٢ ص ٣٨٠ وبصفة خاصة هامش ٣.

(٤) Civ. 1,24 nov. 1955, Bull. I no 651, J.C.P. 66. II. 14602, note Gaury, Rev. trim. dr. civ. 66. 310 note G.Cornu.

أن يقبل المفوض هذه المهمة[1] فإذا قبلها وقدر الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيينه لا وقت تقدير الثمن. أما إذا كان عقد البيع قد تضمن أن تقدير الثمن يقوم به مفوض يعينانه في المستقبل فإنه إلى أن يتم تعيينه فلا يوجد عقد لتخلف أحد أركانه وهو الثمن، لأنه غير مقدر وغير قابل للتقدير، أما إذا اتفق على تعيينه تم البيع من هذا الوقت فقط، وإذا فرض وأن رفض أحدهما تعيين المفوض الذي وعد بتعيينه فإنه يكون مسؤولاً عن التعويض طبقاً للقواعد العامة[2] وفي هذه الحالة البيع لا يتم.

خاتمة: يتضح مما سبق أنه «إذا لم يتفق المتعاقدان، لا صراحة، ولا ضمناً، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه»[3].

المبحث الثاني: شرط الجدية

ـ يجب أن يكون الثمن حقيقياً وجدياً:

ويشترط في الثمن أن يكون حقيقياً وجدياً حتى يكون البيع صحيحاً، وعلة هذه القاعدة توجد في نظرية السبب. فلا يكفي أن يكون الطرفان قد أرادا البيع (بمعنى وجود رضاء خالي من العيوب) وإنما يلزم أن يكون لالتزام البائع سبباً، وهو الثمن، الذي يشكل المقابل للشيء المبيع.

وتختلف فكرة الثمن الحقيقي عن فكرة الثمن الجدي، من حيث أحدهما شخصية تتعلق بقصد المتعاقدين، والثانية موضوعية مرتبطة بالوجود المادي للثمن.

أولاً ـ الثمن الحقيقي Prix réel:

ـ الثمن الصوري Prix fictif ou simulé: إن الذي يقابل الثمن الحقيقي هو الثمن الصوري الذي اتفق عليه بين الطرفين منذ إبرام العقد والذي لا يقوم المشتري

---

(١) Civ. 3,23 oct 1979, Bull. II. no 188, Gaz. lal. 24 févr. 1980, Rev. trim. dr. civ. 80-366 note G. Cornu.

(٢) Con 29 juin 1981, Bull. IV, no 298.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٣٣.

بدفعه على الإطلاق كأن يتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنباً للشكلية المطلوبة، إذ إن الرسمية ركن في الهبة. والقاعدة العامة في هذا الصدد هي الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري في العلاقة فيما بين المتعاقدين ولذلك يجب أن يتوافر للعقد الحقيقي الهبة، أركانها وشروط صحتها، من الناحية الموضوعية، أما ركن الشكل فلا داعي له لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة، بل مستترة[1].

أما إذا كان الهبة مكشوفة كأن يبرىء البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد، أو أن يهبه إياه، ولذلك يجب أن تنطبق على الهبة الشروط الموضوعية والشكلية معاً.

على العكس من ذلك إذا توافر للعقد جميع أركانه بما فيها الثمن ثم بعد ذلك أبرأ البائع من الثمن أو وهبه إياه فلا تأثير لذلك على البيع الذي قام صحيحاً وقت إبرامه.

ثانياً ـ الثمن الجدي Prix sérieux:

ـ الثمن التافه Prix dérisoire: ويكون الثمن جدي إذا كان غير تافه، والثمن يكون تافهاً عندما لا يوجد ثمن أو إذا وجد فيكون منخفض للغاية بحيث لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع، كأن يبيع سيارة قيمتها أربعون ألف جنيه بألف جنيه فقط. وهذا معيار موضوعي لأنه مرتبط بالوجود المادي للثمن. فإذا تم البيع بثمن تافه فإنه لا يعتبر بيعاً وإنما يعتبر هبة مكشوفة يجب أن يتوافر فيها الشروط الشكلية والموضوعية.

ومثال الثمن التافه أن يبيع شخص عيناً مقابل ثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب من ريع العين[2] لكن الأمر يختلف إذا كان البيع قد تم على هذه الصورة ولكن تبين أن هذا الريع غير مستقر وأنه عرضة للنقصان لأي سبب كان فأراد البائع أن يتخلص من هذه المخاطر وقبل هذا الثمن الذي يعادل

(١) انظر نبيل سعد، المرجع السابق، الجزء الثاني أحكام الالتزام، ص ١٦٧.

(٢) Req. 1er mai 1911, cons. Pellet, D.P.11.I. 353, note M. Planiol.; civ. 1,24 oct. 1978, Bull. I. no 319, J.C.P. 79 éd Not. 7168, Rev. trim. dr. civ. 79. 396, note G.Cornu.

ريع المبيع في ظل هذه الظروف، فإن الثمن هنا يكون جدي وإن كان ثمناً بخساً ويصح البيع[1].

ويلزم لكي يكون البيع صحيحاً أن يتضمن ثمناً جدياً يتم الاتفاق عليه، ولا يغير من ذلك موقف المشتري فيما بعد كأن لا يدفع أي مبالغ، أو أنه يصبح دائناً للبائع بسبب حجم الدين الذي قبل أن يدفعه عن البائع.

ثالثاً ـ الثمن البخس: دعوى الغبن الفاحش:

تنص المادة ٤٢٥ مدني مصري على أن «١ ـ إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل» «٢ ـ ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

وتنص المادة ٤٢٦ مدني مصري على أن «١ ـ تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع».

وتنص المادة ٤٢٧ مدني على أنه «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني».

وسنعرض هنا لشروط الغبن الفاحش، وأثر الغبن الفاحش.

١ ـ شروط الغبن الفاحش:

هذه الحالة تعود إلى القانون الروماني كما سبق أن رأينا. وهي تثير فكرة الثمن العادل. هذه الفكرة لا تتعلق بقانون البيع فحسب ولكن مرتبطة بأساس القانون نفسه. كما أن الغبن مرتبط عادة بالتحولات الاقتصادية، لأنه أثناء الأزمات الاقتصادية طرحت دائماً مسألة الغبن من الناحية التاريخية. ولم يأخذ المشرع المصري بالغبن، كعيب في محل العقد، كقاعدة عامة وإنما أخذ به في حالات خاصة كالغبن في القسمة، والغبن في حالة بيع عقار غير كامل الأهلية كما أن المشرع قد لجأ إلى معيار مادي لتحديد الغبن الفاحش الذي يجيز نقض العقد.

---

(١) Planial, note précitée, Planial et Ripert, t.x par J.Hamel, no 41.

لنعرض الآن الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة.

الشرط الأول: يتعلق بصاحب العين المبيعة، يجب أن يكون غير كامل الأهلية. سواء كان فاقد الأهلية أو كان ناقصها فقط. وهؤلاء جميعاً في حاجة إلى حماية سوء باشروا البيع بأنفسهم أو عن طريق من ينوبون عنهم[1] أما الشخص كامل الأهلية فليس في حاجة إلى هذه الحماية إلا إذا تعرض لاستغلال وتوافرت شروطه.

الشرط الثاني: يتعلق بالعين المبيعة، يجب أن تكون عقاراً، ويشمل ذلك كل حق عيني عقاري، سواء أكان حق ملكية أو أي حق عيني آخر متفرع عن الملكية ـ ولذلك لا يدخل في نطاق هذه الحماية بيع المنقولات. وذلك يرجع فقط لاعتبارات تاريخية محضة، حيث إنه في الوقت الحاضر هناك كثير من القيم المنقولة ما يفوق قيمة العقار من الناحية الاقتصادية ومن حيث الأهمية.

ويستوي أن يكون العقار مفرزاً أو شائعاً. وإذا كان البيع يتضمن عقاراً ومنقولاً في صفقة واحدة وبثمن واحد فالأمر يتوقف على قابلية أو عدم قابلية الصفقة للتجزئة. فإذا كانت تقبل التجزئة انحصر الطعن بالغبن في العقار. أما إذا كانت غير قابلة للتجزئة فإن الطعن بالغبن يلحق البيع كله على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحدة منسوبة إلى حصته في الثمن[2].

الشرط الثالث: يتعلق بطريقة البيع، إذ يجب ألا يكون البيع قد تم في مزاد علني طبقاً لأحكام القانون، فالحماية هنا قاصرة على بيع عقار القاصر دون الشراء. كما أن الحماية قاصرة فقط على البيع الذي يتم بالممارسة لأن البيع بالمزاد العلني يحاط بإجراءات تكفل حماية القاصر. وحتى إذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فإن هذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن وبالتالي فلا محل للطعن في البيع بالغبن.

الشرط الرابع: يتعلق بمعيار الغبن، وهو أن الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع

(١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن ودعوى الإبطال معاً.

(٢) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٠ ص ٣٩٣.

وقت البيع بأكثر من الخمس، ومعنى ذلك إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن. ومعيار الغبن هنا معيار مادي وهو اشتراط أن يصل الغبن إلى رقم محدد، فالغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس. وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامي[1].

والعبرة في تحديد قيمة العقار لمعرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا هو وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن (م ٤٢٥/ مدني) كما أن العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع دون المصروفات، حيث إن هذه المصروفات لا تعود على صاحب العقار بفائدة كما سبق أن بينا.

٢ ـ أثر الغبن الفاحش:

إذا توافرت الشروط السابقة يكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. فإن لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه كان له أن يطلب فسخ البيع. ولنعرض لذلك فيما يلي:

أ ـ دعوى تكملة الثمن: يجب أن نؤكد على حقيقة هامة، منذ البداية، أن الغبن ليس سبباً من أسباب إبطال العقد إلا إذا كان ركناً للاستغلال كعيب للإرادة، أي يكون الغبن نتيجة استغلال ضعف نفسي، طيش أو هوى جامح، لدى المتعاقد الآخر وهذه قاعدة عامة يخضع لها كل العقود. أما الغبن كعيب في محل العقد لا يشكل سبباً للإبطال وإنما هو سبباً لتكملة الثمن أو لنقض العقد في بعض الأحوال، كما هو الحال في القسمة.

وقد كرس المشرع الحماية اللازمة لغير كاملي الأهلية سواء عن طريق نظرية البطلان، إذا توافرت شروطها، أو قانون الولاية على المال، لكن في الحالات التي يبقى بيع أحد هؤلاء قائماً فإنه يجب ألا يباع عقاره بأقل من أربعة أخماس قيمته، فإذا بيع بأقل من ذلك وجب استكمال الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة.

ويباشر دعوى تكملة الثمن صاحب العقار المبيع، بنفسه، عند بلوغه سن الرشد وإجازته للبيع الذي باشره، أو عن طريق ورثته إذا مات قبل بلوغ سن

(1) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٢ ص ٣٩٧.

الرشد أو بعد بلوغه هذا السن وقبل تقادم دعوى الغبن، أو عن طريق وليه نيابة عنه إذا كان لا يزال قاصراً سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عن الولي بعد إذن المحكمة[1]. وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري. وبالتالي ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرتها موطن المدين، المشتري.

ويقع عبء إثبات الغبن على صاحب العقار المبيع، وله بطبيعة الحال ـ طبقاً للقواعد العامة ـ أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع.

وإذا صدر حكم على المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، أي قيمة العقار وقت البيع، فإن هذا الحكم صادر بإلزام المشتري بما عليه من حق شخصي للبائع ولذلك يجوز تنفيذه على جميع أموال المشتري. بما فيها العقار المبيع ذاته. كما أن تكملة الثمن، يضمنه امتياز البائع على العقار المبيع باعتبارها جزء من الثمن.

وتسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، بمدة ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع (م ٤٢٦/١ مدني) وتبدأ مدة الثلاث سنوات من وقت بلوغ البائع لسن الرشد. وإذا مات قبل انقضاء الثلاث سنوات كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية. أما إذا مات قبل بلوغه سن الرشد، فللورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته. والمدة هنا مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها الانقطاع ولكنها لا توقف لأن التقادم هنا أقل من خمس سنوات.

أما إذا كان البائع محجوراً عليه فإن رفع دعوى تكملة الثمن يقوم به القيم طوال مدة الحجر، فإذا مات خلال مدة الحجر فيكون لورثته رفعها في خلال ثلاث سنوات من وقت موته. إذا رفع الحجر كان للبائع أن يرفعها في خلال ثلاث سنوات من وقت رفع الحجر فإذا مات قبل انقضاء الثلاث السنوات، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية.

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٣٩٩.

ب - **دعوى الفسخ**: وهذه الدعوى تمليها القواعد العامة حيث إنه إذا لم يدفع المشتري تكملة الثمن بالرغم من الحكم عليه فإن للمشتري أن ينفذ الحكم تنفيذاً عينياً على أموال المشتري للحصول على حقه في تكملة الثمن، كما له أن يطالب بفسخ البيع شأنه في ذلك كل بائع لم يستوف الثمن كاملاً كما له أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى.

ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فيسترد البائع العقار ويرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري، لكن قد يصطدم ذلك بتصرف المشتري في العقار، معاوضة أو تبرعاً، لذلك فإن استرداد العقار يتوقف على حسن أو سوء نية المتصرف إليه أي الخلف الخاص للمشتري، فإذا كان المتصرف إليه، وهو من الغير، حسن النية وكسب حقاً عينياً على العقار المبيع طبقاً للقانون فإنه لا يضار من دعوى تكملة الثمن وما يتفرع عنها من دعوى فسخ (م ٤٢٦/٢ مدني) إذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يسترد العقار ولا يبقى أمامه إلا الرجوع على المشتري بالتعويض لاستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه طبقاً للقواعد العامة دون التقيد بالقواعد الخاصة باستكمال الثمن.

أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، وعبء إثبات سوء النية يقع على البائع، فإن كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن، فإنه يكون للبائع، في هذه الحالة، أن يسترد العقار من تحت يده، تسقط دعوى الفسخ طبقاً للقواعد العامة أي بخمس عشرة سنة من وقت امتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن.

في القانون اللبناني: لم يأخذ بمعيار مادي للغبن. كما أنه قصر الغبن على القاصر دون غيره ممن لم تتوافر فيهم الأهلية. كما أنه جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكملة الثمن وهذا راجعاً إلى أنه قد مزج بين الغبن كعيب في محل العقد وبين الاستغلال كعيب في الإرادة.

ولذلك قد نص في المادة ٢١٣ موجبات وعقود على تعريف عام للغبن حيث عرفته المادة بأنه «التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض».

ونصت المادة ٢١٤ موجبات على أحكام الغبن بقولها «إن الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون. ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد **قابلاً للبطلان** في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا كان المغبون **قاصراً**.

٢ ـ إذا كان المغبون راشداً وكان للغبن خاصتان:

الأولى: أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة.

والثانية: أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون (هذا هو الاستغلال بعنصريه).

ويمكن، إلى الدرجة المعينة فيما تقدم، إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن.

وبالتالي فإن قانون الموجبات لم يستثنِ عقود الغرر من الغبن إذا كان فاحشاً أو شاذاً عن العادة المألوفة. وبذلك يكون حسم الخلاف الفقهي والقضائي حول هذا الموضوع.

الباب الثاني

صور خاصة للبيع
(البيوع الائتمانية)

ـ تمهيد وتحديد:

وهنا سنعرض في مقدمة قصيرة لفكرة الائتمان، ثم لفكرة البيع الائتماني، قبل أن نعرض لصور من البيع الائتمانية.

١ ـ فكرة الائتمان:

إن الائتمان في القانون المدني والقانون التجاري موزع بين عدة أنظمة، وإن دراسة الفقهاء لهذه الأنظمة ترتكز على الجوانب الفنية المحضة دون البحث فيما وراء الدراسة الفنية عن الفكرة العامة التي تجمعها، وهي الائتمان.

وبديهي أننا لا نستطيع أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً للائتمان من الناحية القانونية، وخاصة وأن فكرة الائتمان وإن كانت تعتبر واحدة في جوهرها وطبيعتها في كل من القانون المدني والقانون التجاري إلا أنها تختلف من حيث الدرجة في كل من القانونين[١].

ولذلك سنقتصر، بصدد تعرضنا للتعريف بالائتمان، على التركيز على العناصر التي تكشف لنا عن جوهره وطبيعته. هذه العناصر يمكن إجمالها في عنصرين:

١ ـ إرتباط الائتمان بالثقة.

٢ ـ إرتباط الائتمان بالعقد والزمن.

ـ الائتمان يرتكز على الثقة: هناك مبدأ أساسي شائع ومعبر عن الارتباط الوثيق بين الائتمان والثقة، وهذا المبدأ رغم عبارته الوجيزة إلا أن دلالته ذات

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون بالائتمان، السابق الإشارة إليه، ص ٢٠٥ وما بعدها، ص ٢٢١ وما بعدها.

مغزى كبير. وعبارة المبدأ تقول «الائتمان مات، الموفى السيء قتله»
. «Crédit est mort, le mauvais payeur l'a tué»[1]

فماذا تعني كلمة ائتمان إن لم تكن تعني الثقة في حسن نية الشخص الذي يلتزم نحوك. فالجانب النفسي للائتمان يتمثل في السؤال الآتي: هل لدينا الثقة في كلام شخص ما أم لا؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب يجب أن نذلل الصعاب، ويصبح دور الائتمان فيه شيء من المجاز أو الرمز. وهنا يظهر لنا العنصر غير المرئي أو غير المادي للائتمان والذي يسمح بتكاثر لانهائي للثروات المادية. وبالرغم من ذلك فإنه ينبغي أن يصحب هذه الثقة في كلام الغير تنظيم قانوني خاص يعمل على تقويتها وإعطائها نطاقها الحقيقي.

ولكن الثقة، كأي شعور خفي، تعتبر كزهرة هشة، أقل نفخة تقضي عليها، ويكون من الصعب عندئذ إحياؤها. وهذا القول يتعلق من وجهة نظر عامة نفسية واجتماعية، بل واقتصادية أيضاً حيث إن نظاماً منشئاً للثروات والسلام لا يمكن أن يتطور إلا في مناخ من الثقة التي ينبغي أن تسود بين المتعاقدين، وإلا الفوضى والانهيار، وبفضل الائتمان يمكن أن ينطلق الكل ويأمل ويعمل.

ـ الائتمان يرتكز على العقد والزمن:

لو أننا رجعنا إلى تعريفات الفقهاء للائتمان، بل والاقتصاديين أنفسهم، سوف نجد أن كل التعريفات تدور حول تأجير النقود، أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير. والسؤال البديهي ما هي وسيلة تأجير النقود أو وضع رأس المال أو القوة الشرائية تحت تصرف الغير؟؟ الإجابة كما هو واضح لا تحتاج إلى عناء كبير حيث إن هذه الوسيلة ليست إلا العقد.

علاوة على ذلك فنحن نعلم أنه لا يتصور ائتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان. فالائتمان الحال، ارتباط بالنسبة للمستقبل. ولذلك نجد هناك تلازماً حتمياً بين الائتمان والمخاطرة. لا إئتمان بدون خطر، فمن يأتمن يتعرض لخطر عدم السداد.

---

(١) نفس المرجع ص ٢٥.

والسؤال الآن، كيف يمكن أن نقلل من هذه المخاطر؟ واضح أنه لا سبيل إلا بالالتجاء إلى التأمينات العينية أو الشخصية أو غيرها من وسائل الضمان، أي بالالتجاء أيضاً إلى العقد. فالتأمينات تضمن التنفيذ المستقبل للالتزام. فالتأمينات ارتباط مستقبل، فالإغراء الذي يقدمه الائتمان الحال للمدين يجعله لا يدرك هذه الحقيقة. ففي مقابل إعطائه مبلغ القرض، أو منحه الأجل، وهي مزايا حالة، يأخذ على عاتقه التزاماً دون أن يدخل في اعتباره السريان المستقبل لهذا الالتزام. ولهذا السبب نجد أن القوانين تعتبر إبرام عقود التأمينات العينية من التصرفات الخطرة، تشترط فيها أهلية التصرف، وتحيطها ببعض الشكليات. وإذا كانت الكفالة، باعتبارها من التأمينات الشخصية، لا تخضع لهذه القاعدة إلا أنها على أي حال تحتاج إلى حماية خاصة. علاوة على ذلك فإن وسائل الضمان الأخرى غير التأمينات العينية والشخصية لا يمكن توفيرها إلا بشروط عقدية أو بآليات عقدية معينة. فالائتمان مرتبط في جميع الأحوال بالعقد.

نخلص من كل ما تقدم إلى أنه إذا كان الائتمان يرتكز من الناحية الأخلاقية على الثقة التي تتحقق وفقاً لعوامل اقتصادية وقانونية، أو بمعنى آخر تتحدد بشخص المدين ذاته، فإنه من وجهة نظر قانونية يرتكز على العقد ذاته. ففكرة الائتمان من الناحية القانونية تقترن دائماً بفكرة العقد. فالائتمان فكرة لا تظهر إلا بمناسبة عقد معين، وفي داخل نطاق العقد فقط، كما أنه لا سبيل لضمان الائتمان إلا بإنشاء رابطة عقدية أو بإضافة شرط أو آليات معينة إلى العقد المتضمن ائتماناً.

وفي النهاية يمكن أن نضع تعريفاً وظيفياً للائتمان، ليس القصد منه الحسم والتحديد بقدر ما هو الإيضاح والبيان. فالائتمان «هو الثقة التي بمقتضاها يرتظى أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر، سواء حالاً أو بعد وقت محدد، أداءً معيناً، على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر، لمساعدته أو السماح له بتحقيق نفع معين خلال مدة معينة، وتزداد هذه الثقة وتتعزز كلما اقترنت بضمان خاص يضمن استرداد هذا الأداء والمقابل الملائم لمنحه»[1] وهذا التعريف يتميز بأنه:

أولاً: يكشف عن جوهر الائتمان وهي الثقة.

---

(١) نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٨.

ثانياً: يبين ارتباط الائتمان بالعقد سواء في مرحلة الانشاء أو في مرحلة التنفيذ.

ثالثاً: يظهر لنا موضوع الائتمان والغرض منه.

رابعاً: يبرز الأجل باعتباره عنصراً مهماً في الائتمان.

٢ ـ فكرة البيع الائتماني:

عقد البيع يشكل في النظام الاقتصادي، النقدي، الوسيلة الأساسية للتبادل، فهو أكثر العقود استعمالاً وأكثرها تنوعاً.

ومن حيث التنوع نجد أن البيع قد أضحى وسيلة قانونية محايدة، كغيره من العقود الكبرى التقليدية، فقلما يمكن تمييزه، في الوقت الحاضر، عن الإيجار عندما يكون محله عرضة للتقلبات. كما أنه يصعب في كثير من الأحيان تمييزه عن الرهن عندما يكون تصرفاً ائتمانياً.

وتنوع عقد البيع يعود في المقام الأول إلى إدخال المتعاقدين أوصافاً أو قيوداً على التزاماتهما: كإضافة إلزام أحدهما إلى أجل معين أو آجال معينة، أو اشتراطهما التضامن الشخصي عند تعدد الأطراف، أو التضامن العيني عند تعدد الاشياء. كما أنه قد يعود هذا التنوع في عقد البيع إلى مجرد إضافة شروط تعاقدية، كشرط الاحتفاظ بالملكية، أو شرط الاسترداد، أو الشرط المانع من التصرف وغير ذلك من الشروط.

نتيجة لإدخال هذه الأوصاف أو القيود، أو الشروط على عقد البيع قد جعلته يقوم بوظائف أخرى، كإنشاء الائتمان أو ضمانه، غير وظيفته التقليدية، أي مجرد نقل ملكية شيء مقابل ثمن نقدي. ومن هنا نشأت فكرة البيوع الائتمانية. ولنعرض لبعض صور هذه البيوع، في الفصل الأول نعرض للبيع كوسيلة لإنشاء الائتمان، وفي الفصل الثاني، البيع كوسيلة لضمان الائتمان.

الفصل الأول: البيع كوسيلة لإنشاء الائتمان

وفي هذا الفصل نتعرض للصور التي استخدم فيها عقد البيع كوسيلة لإنشاء الائتمان، ونتوقف أمام هذه الصور، فندرس البيع بالآجل والبيع بالتقسيط، ثم نعرض لبيع السلم.

المبحث الأول: البيع بالأجل والبيع بالتقسيط

ونعرض بإيجاز للبيع بالآجل، ثم نعرض بعد ذلك لأهم صوره وهو البيع بالتقسيط.

أولاً ـ البيع بالأجل Vente à credit :

في هذا البيع يتم تسليم المبيع للمشتري دون أن يدفع للبائع كامل الثمن أو جزء منه، ويمنح المشتري أجلاً أو آجالاً معينة لدفع كامل الثمن أو الجزء المتبقي منه.

ويتعرض البائع في مثل هذا البيع لمخاطر كثيرة. وأهم هذه المخاطر يتعلق بالضمانات القانونية، كامتياز البائع ودعوى الفسخ المنصوص عليهما في القانون المدني. فالقانون التجاري ينص على انقضاء الامتياز ودعوى الفسخ عندما يشهر إفلاس المشتري وخاصة إذا ما تم تسليم البضاعة له، لأن الدائنين الآخرين يعتقدون بأن هذه البضاعة تدخل في نطاق الضمان العام لمدينهم، المشتري.

كما أن التصرف في المنقول من جانب المشتري إلى الغير حسن النية وتسليمه له يؤدي طبقاً لأحكام القانون المدني إلى انقضاء الامتياز (م ٩٧٦/ ٢ مدني مصري، م ٢٢٦٩ مدني فرنسي).

ثانياً ـ البيع بالتقسيط **Vente à tempérament**:

وهذا البيع يعتبر صورة من صور البيع بالآجل، كما أنه يعتبر من أهم صور البيع الائتماني وأكثرها انتشاراً.

ويتميز هذا البيع بأن الثمن فيه يسدد، بعد دفع المقدم، مجزءاً على عدة أقساط دورية بعد تسليم المشتري للمبيع. وما يشكل جوهر عقد البيع بالتقسيط أنه يؤدي إلى انتقال ملكية وحيازة الشيء المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد على الرغم من عدم قيام المشتري بسداد كامل الثمن.

وبالنسبة للبيع بالتقسيط لمتطلبات المستهلكين ومستلزمات التجهيز المهني، والمنتشر في الوقت الحالي، يثير العديد من المشاكل. وهذه المشاكل تدور حول مدة الائتمان ونسبة المقدم المدفوع من الثمن وقيمة الأقساط والضمانات وغير ذلك. ودرجت معظم الدول على تنظيم البيع بالتقسيط[١].

وهذا التنظيم يتم عادة على ضوء الغرض المراد تحقيقه[٢] فرفع مقدار مقدم الثمن المطلوب إنما يؤدي إلى نقص في طلب الائتمان لهذا الغرض، وكذلك نقص مقدار الائتمان الذي يمكن عرضه قانوناً لهذا الغرض، وبالمثل فإن تقصير المدة القصوى للسداد وبالتالي زيادة قيمة الأقساط المطلوب سدادها إنما يؤدي أيضاً إلى نقص الطلب على الائتمان وبالتالي يقلل حجم الائتمان[٣].

وفي مصر قد تناول القانون المدني البيع بالتقسيط في المادة ٤٣٠، وهذه المادة أقرت في فقرتها الأولى صحة شرط الاحتفاظ بالملكية إذا اشترطه البائع في العقد، كما أن الفقرة الثانية أجازت في البيع بالتقسيط أن يتفق المتعاقدان على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عند فسخ البيع إذا لم يتم الوفاء بجميع الأقساط، وإن كانت أعطت للقاضي سلطة تخفيضه طبقاً للقواعد العامة في الشرط الجزائي. كما أن الفقرة الثالثة جعلت انتقال الملكية إلى المشتري مستنداً إلى وقت البيع عند الوفاء بجميع الأقساط.

---

(١) انظر نبيل سعد، المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) Karl. H. Neumayer, la vente à crédit, Rev-inter. dr. comp. 1973, p. 596 et s.

(٣) انظر نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٨٣ وما بعدها.

لكن لم يكتفِ المشرع المصري بذلك وإنما قد كرس لتنظيم البيع بالتقسيط قانوناً صدر برقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧، ويتضمن هذا التنظيم فرض التزامات معينة على التجار الذين يمارسون البيع بالتقسيط، كما أورد قيوداً تتعلق بشروط التقسيط، ثم قرر حماية قانونية للبائع من أي تصرف يجريه المشتري في السلعة قبل سداد ثمنها، وتتمثل هذه الحماية في عقوبة جنائية.

ويتضح مما سبق أنه نظراً للمخاطر التي يتعرض لها البائع في البيع بالتقسيط نجد أنه كثر في العمل إلى تضمين هذه العقود شرط الاحتفاظ بالملكية. ولكن نظراً لتسلم المشتري للشيء المبيع، وهو عادة من المنقولات، فإنه يستطيع التصرف فيه للغير حسن النية فيتعطل مفعول هذا الشرط. كما أنه يضمن البائع العقد شرط المنع من التصرف لتعزيز ما له من ضمانات، أو قد ينص على ذلك في القوانين المنظمة للبيع بالتقسيط، وإن كل هذه الوسائل وإن كانت تقلل من المخاطر التي يتعرض لها البائع إلا أنها لا تحول كلية دون وقوعها. وهذا ما يفسر التجاء بعض القوانين إلى الجزاء الجنائي لتعزيز هذه الحماية.

كما أن البائع يتعرض للمخاطر في حالة إفلاس المشتري أو إعساره قبل سداد جميع الأقساط، إذ البائع سيتعرض لمزاحمة باقي الدائنين عند رجوعه على الضمان العام بما تبقى له من الثمن. وخاصة أن حقه في الامتياز وفي دعوى الفسخ سيتعرضان للانقضاء في هذه الحالة على النحو السابق بيانه.

ويمتد نطاق تطبيق التشريعات المنظمة للبيع بالتقسيط ليشمل المؤسسات المتخصصة في هذا النوع من البيوع وكذلك جميع البائعين الذين يمارسون هذا البيع[١].

وفي فرنسا أعطى المرسوم بقانون الصادر في ٤ أغسطس ١٩٥٦ للمجلس القومي للائتمان السلطة في تحديد المدة ونسبة الائتمان الممنوح[٢]. وفي اعتقادنا أن هذا النظام يتسم بالمرونة بحيث يسمح بتنظيم رقابة وتوجيه الائتمان بما يتفق مع

---

(١) انظر
j. Brethe de la Gressaye, le droit du crédit in Mélange. offerts à René Savatier 1965, p. 119.

(٢) J. Brethe de la Gressaye, op. cit, p. 119.

تطورات الحياة الاقتصادية[1].

والائتمان في هذا المجال قد يتم منحه مباشرة من جانب البائع إلى المشتري، وقد يتم منحه من قبل مؤسسات ائتمانية متخصصة. اختلاف مصدر تمويل العملية الائتمانية ينعكس بالحتم على طبيعتها القانونية[2] ففي الحالة الأولى عندما يقوم البائع بنفسه بمنح الائتمان مباشرة إلى المشتري فإن هذه العملية تكون بيعاً بالأجل، والبائع يستفيد من الامتياز المقرر له في القانون المدني. كما أن البائع يستطيع أن يحصل على السيولة اللازمة له عن طريق خصم الكمبيالات المسحوبة لصالحه لدى أحد البنوك. كما يستطيع أن يحصل على ضمان احتياطي من شركة الضمان المتبادل والذي يكون المشتري أحد أعضائها وذلك إذا كان تاجراً. أما في الحالة الثانية، وهو ما يجري عليه العمل، نجد أن الائتمان يمنح من جانب المؤسسات المالية المتخصصة، أو من جانب تجمعات البائعين (إتحادات اقتصادية) وفي هذه الحالة نجد أن العملية تكون عقد بيع بالنقد، وذلك لأن المؤسسة المانحة للائتمان تدفع للبائع الثمن في الحال، وبذلك يوجد إلى جانب عقد البيع عقد قرض بين هذه المؤسسة والمشتري. فالعملية لم تعد عقد بيع بالتقسيط وإنما عقد بيع بالنقد مصاحب له عقد قرض. فطريقة تمويل الائتمان غيرت من الطبيعة القانونية للتصرف. وينطبق على هذه الحالة نص المادة ٣٢٨ مدني مصري والمادة ٢/١٢٥٠ مدني فرنسي، والتي بمقتضاها يكون هناك حلول للمقرض محل البائع فيما له من ضمانات ودعاوى وذلك عند رجوعه على المشتري بما وفاه عنه.

وقد حاولت التشريعات المختلفة تعزيز مركز البائع وخاصة على إثر ضعف امتياز البائع، فأنشأت إلى جانب هذا الامتياز نوعاً من التأمينات على المنقول بدون أن تجرد المدين من حيازته وأسمته «le gage» وهذا الرهن يعتبر أكثر فعالية في الضمان من الامتياز المقرر للبائع. وهذا النوع من التأمينات نصادفه كثيراً في التشريعات الحديثة في فرنسا الخاصة برهن المحاصيل الزراعية، ومنقولات

(١) B. Bouloc, les problèmes juridiques et financier posés par la vente à crédit, Rev. inter, dr. comp. 1973, p. 6.

(٢) انظر في تفصيل ذلك

B. Bouloc, op. cit, p. 636.

الفنادق، والمواد البترولية، ورهن السيارات، ورهن الآلات والأدوات المهنية[1].

المبحث الثاني: بيع السلم

وسنعرض هنا لبيع السلم في الفقه الإسلامي، ثم في القانون المصري، وأخيراً في القانون اللبناني.

أولاً ـ فلسفة بيع السلم في الفقه الإسلامي:

الأصل أن بيع المعدوم باطل في الفقه الإسلامي.

ولما كانت حاجات الناس اقتضت الخروج على هذه القاعدة فحاول الفقهاء إيجاد الوسيلة التي تلبي هذه الحاجات وفي نفس الوقت مراعاة عدم الخروج على الأصول العامة في الشريعة، وبصفة خاصة محاربة الغرر والربا، فأجيز لذلك بيع السلم استثناءً مع ضبطه بما يحول دون الغرر والربا.

وعلى ذلك فإن بيع السلم في الفقه الإسلامي هو بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم. ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم، والبائع المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه، والثمن رأس المال[2].

فوظيفة بيع السلم الاقتصادية في الفقه الإسلامي هي الحصول على مال عاجل في مقابل شيء آجل، ولذلك فهو ضرب من بيوع الائتمان.

ولما كان السلم هو بيع المعدوم، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه، فقد أحيط بشروط وقيود لضبطه وحصره في نطاق الاستثناء الضيق على الأصل العام.

ويبين من أقوال فقهاء الإسلام أنه يشترط لقيام السلم عدة شروط:

(١) j. Hame, le gage sans dépossession, D. 1945 chron. p. 37 et s. M.Cabrillac, la protection du créancier dans les sûrtés mobilières conventionnelles sans dépossession, préface de E. Becqué, S. 1954.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١١٤ ص ٢٢٠.

١ ـ بالنسبة للثمن، أي رأس المال، فيجب قبضه في مجلس العقد.

٢ ـ بالنسبة للمبيع فإنه يجب أن يكون نوعه موجود من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، ولا يجوزأن ينقطع فيما بين هذين الوقتين. «وهذا الشرط يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً، فكأن السلم يرد لا على معدوم، بل على موجود بالنوع بالذات ـ علاوة على ذلك يجب أن يكون المبيع مما لا يحتمل انقطاعه، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر. ولذلك لا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينعقد، ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة[١].

٣ ـ ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والبطيخ والقثاء والرمان ونحو ذلك لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصنفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة.

٤ ـ ويجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم في الحال، حتى ولو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم، ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء؛ وهو بيع بأوكس الأثمان، إذ البائع يبيع ما ليس عنده، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل[٢].

ثانياً ـ السلم في القانون المصري:

إختلاف الفلسفة العامة للقانون المصري عن فلسفة الفقه الإسلامي. ففي القانون المصري، الأصل أنه يجوز بيع الأشياء المستقبلة بشرط وحيد هو أن يكون الشيء محتمل الوجود. على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل في الشيء المستقبل كما فعل عندما جعل باطلاً رهن المال المستقبل رهناً

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١١٤ ص ٢٢٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ١١٤ ص ٢٢٣

رسمياً (م ١٠٣٣/٢ مدني مصري) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨ مدني مصري) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقيل كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة، فيما عدا ذلك فليس هناك أي قيد أو شرط على بيع الاشياء المستقيلة وذلك راجع إلى أن المشرع ليس حريصاً، كما هو في الفقه الإسلامي، على القضاء على الغرر أو محاربة الربا تماماً.

ولذلك عند التفكير في إعداد تقنين مدني مستمد من الفقه الإسلامي قد أدرج بين نصوصه أحكام بيع السلم كما عرفها الفقه الإسلامي بوجه عام[١].

ثالثاً ـ بيع السلم في القانون اللبناني:

ـ تعريف بيع السلم:

تنص المادة ٤٨٧ موجبات وعقود على أن «بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر، مبلغاً معيناً من النقود، فيلتزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان».

وتضيف المادة ٤٨٨ موجبات وعقود أنه «يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد».

ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها في بيع السلم.

---

(١) وقد اشتمل هذا التقنين على ستة نصوص خاصة بيع السلم. فتنص المادة ٤٣٢ على أن «السلم بيع شيء غير موجود بثمن مقبوض في الحال، على أنه يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم».
والمادة ٤٣٣ تنص على أنه «يشترط في المسلم فيه (المبيع) أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والمصدر، وأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف».
والمادة ٤٣٥ تنص على أنه «يجب أن يكون رأس المال (الثمن) معلوماً للمتعاقدين، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد».
والمادة ٤٣٦ تنص على أنه «إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه، وجب تسليمه في المكان المتفق فيه، إذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد».
والمادة ٤٣٧ تنص على أنه «إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل، جاز للمسلم (المشتري) فسخ العقد واسترداد رأس المال».

وهذه الشروط تتفق، بوجه عام، مع ما يشترطه الفقه الإسلامي في بيع السلم على النحو السابق بيانه.

ـ شروط بيع السلم: وهذه الشروط تتعلق بالمبيع، وبالثمن، وبالأجل.

١ ـ بالنسبة للمبيع يلزم أن يعين المبيع تعييناً كافياً ـ فنصت المادة ٤٩٠ موجبات وعقود على «أن المواد الغذائية أو غيرها من الاشياء التي انعقد عليها البيع يجب أن تكون معينة بكميتها أو بصفتها أو بوزنها أو بكيلها حسبما تقتضيه ماهيتها، وإلا كان العقد باطلاً. أما إذا كانت الأشياء المبيعة مما لا يعد ولا يوزن فيكفي أن تعين حصتها بتدقيق».

٢ ـ بالنسبة للثمن، فإنه يلزم أن يسلف أحد الطرفين للطرف الآخر مبلغاً من النقود، ويجب أن يدفع هذا المبلغ بأكمله إلى البائع وقت إنشاء العقد (م ٤٨٨ موجبات وعقود).

٣ ـ بالنسبة للأجل، فإنه يلزم تعيين مهلة يسلم فيها المبيع، يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الصدد اعتبر أن النية قد اتجهت إلى ما يقضي به عرف الجهة.

ـ إثبات العقد: لا يثبت هذا العقد إلا كتابة (م ٤٨٧/ ٢ موجبات وعقود).

ـ مكان التسليم:

المرجع في تحديد مكان التسليم هو إرادة الطرفين، فإذا اتفق الطرفان على مكان تسليم المبيع وجب العمل بهذا الاتفاق. وإذا لم يوجد اتفاق فقد نصت المادة ٤٩١ موجبات وعقود على قاعدة خاصة وهي أنه «إذا لم يعين محل التسليم وجب أن يكون في محل العقد» وذلك على خلاف القواعد العامة التي تقضي بأن يكون تسليم المبيع في محل وجوده ووقت إنشاء العقد، في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك (م ٤٠٥ موجبات وعقود).

ـ تعذر تسليم المبيع:

تنص المادة ٤٩٢ موجبات وعقود على أنه «إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة وبدون خطأ أو تأخر منه، أن يسلم ما وعد به فللمشتري أن يفسخ العقد

ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية».

«وإذا عرض البائع في السنة التالية الشيء المعقود عليه البيع، وجب على المشتري استلامه وليس له أن يفسخ العقد. ويسري هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع، أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة» أي يكون للمشتري أن يفسخ العقد ويسترد الثمن أو ينتظر إلى السنة التالية.

الفصل الثاني: البيع كوسيلة لضمان الائتمان

وهنا سنجد أن البيع كان كوسيلة هامة لتوظيف الاحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية، وهكذا لم تعد الملكية غاية في ذاتها وإنما أصبحت، في هذا الصدد، وسيلة لتحقيق غاية أخرى، وهي الضمان.

وسنعرض هنا على التوالي للبيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية، والبيع الإيجاري والإيجار المتضمن وعداً بالبيع، وأخيراً لبيع الوفاء.

المبحث الأول: البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية

الحياة العملية قد جعلت البائع ـ المورد يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوي في نفس الوقت فوجد ذلك في شرط الاحتفاظ بالملكية.

ولدراسة شرط الاحتفاظ بالملكية ينبغي علينا أن نعرض أولاً، لماهية شرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لما يحققه هذا الشرط من ضمان.

المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

في هذا الصدد يجب أن نعرض أولاً للتعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نبين بعد ذلك الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولاً ـ التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية:

سنتكلم في خصوص هذا التعريف عن تحديد المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية ونبين حكمه، ثم بعد ذلك نتعرف على آثار هذا الشرط على نطاق الحقوق العينية.

١ ـ المقصود به وحكمه:

شرط الاحتفاظ بالملكية اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع، ولو تم تسليمه إلى أن يستوفي كامل الثمن.

هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً طبقاً لنص المادة ١/٤٣٠ مدني مصري والتي تنص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن ولو تم تسليم المبيع».

كماأن التقنين المدني الألماني قد نظم هذا النوع من البيوع في نص المادة ٤٥٥ حيث ينص على أنه «عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك، في حالة الشك، نقلاً للملكية معلقاً على شرط واقف، وهو دفع كامل الثمن مع احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء»[١].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن الفقه في مجموعه يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضاً وذلك لأن نص المادة ١٥٨٣ ونص المادة ١١٣٨ مدني فرنسي واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة[٢]. وبعدما انتشر شرط الاحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة في حالة إفلاس المشتري بالقانون الصادر في ١٢ مايو ١٩٨٠.

٢ ـ آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على نطاق الحقوق العينية:

في الواقع أن هناك تساؤلاً يطرح نفسه، ما هو المركز القانوني لكل من البائع والمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن؟

في القانون الفرنسي يرى الفقه أن عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية في شكل حق عيني الذي يتحتم تحليله على أنه تجزئة لحق الملكية. والسؤال الذي يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان من الممكن

(١) M. Pédamon, la réserve de propriété en droit Allemand et en droit français, in Rev. de juris. Comp. numéro spécial fév. 1982, p. 57.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les sûretés, Droit du crédit, 2e éd. 1988, cujas no 754, p. 240.

تجزئة حق الملكية إلى حقوق عينية أخرى غير الحقوق العينية المعروفة والمنظمة في القانون المدني؟

فهل شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل عملاً إلى المشتري حق استعمال البضاعة في الوقت الذي يمتنع فيه عليه التصرف فيها سواء كان هذا التصرف بالتحويل أو بالبيع؟

بالنسبة للقضاء يشار عادة إلى حكم قديم جداً صادر من غرفة العرائض في ١٣ فبراير ١٨٣٤[١] وقد وضع المبدأ الآتي: إن نصوص المواد من ٥٤٤ ـ ٥٤٦ من التقنين المدني تعتبر نصوصاً مقررة للشريعة العامة وخاصة فيما يتعلق بطبيعة وآثار الملكية، ولكن لا تعتبر نصوصاً تحريمية. فهذه النصوص أو أي نصوص واردة في تشريعات أخرى لا تستبعد ما يمكن أن يتعرض له حق الملكية العادي من تعديل أو تجزئة».

بالنسبة للفقه، نجد أن الفقهاء الذين يسمحون بتجزئة حق الملكية إلى حقوق عينية جديدة يستندون إلى مبدأ الحرية التعاقدية. ومع ذلك يقرر هؤلاء الفقهاء أن هذه الحرية لم تستعمل لا في العمل ولا من جانب القضاء[٢]. كماأن الحرية التعاقدية في إنشاء حقوق عينية يصطدم بعقبتين:

أولاً: طالما أن الأمر يتعلق بحق عيني مطلق فإنه يقع على عاتق الكافة واجباً باحترامه. وهذا يصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد المنشىء له.

ثانياً: أن إنشاء حقوق عينية مرتبط بصفة عامة بتوافر وسائل فنية حديثة للشهر والعلانية وذلك حتى يتسنى للغير العلم به[٣]. هذه الاجراءات لا يمكن أن تتم، بصفة عامة، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التي تتضمنها الطوائف المنصوص عليها في القانون[٤].

وهذا الخلاف يكشف عن السؤال المحوري وهو معرفة كيف يمكن أن

(١) CF. Chr. Atias, Droit civil, les biens, vol I 1980, p. 61 et s; J. Derruppé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Thèse Taulouse, 1952, préface, J. Maury, no 257, p. 295.

(٢) V° Chr. Atias, op. cit qui déplore ce fait.

(٣) G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, T.II. vol. I, les biens, no 8.

(٤) A. Weill, Droit civil, les biens, no 10.

ينشىء العقد حقاً مباشراً على الشيء يحتج به في مواجهة الكافة، بالرغم من نسبية آثاره، أي انحصارها في الأطراف المتعاقدين.

في القانوني الألماني(١): نجد أن هناك إجماعاً في الفقه على أن المتصرف إليه، في البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية، لم يصبح بعد مالكاً ولكنه صاحب حق يسمى Anwartschaftsrecht على البضائع المتنازع عليها، لكن ما هي خصائص هذا الحق وما هي طبيعته القانونية؟

ـ بالنسبة لخصائص هذا الحق يرى بعض الفقهاء أن خصائص هذا الحق تنحصر في حيازة البضائع ورخصة التصرف في نفس هذا الحق. بالنسبة للبعض الآخر يرى أن مكونات هذا الحق تنحصر في الحيازة والحق في الاستعمال أو التمتع بهذه البضائع.

ـ أما بالنسبة لطبيعة هذا الحق. يذهب الرأي السائد إلى أن هذا الحق يمثل حقاً عينياً حقيقياً حتى لو كان تابعاً لعقد البيع (حيث يختفي هذا الحق إذا لم يدفع الثمن)(٢).

القضاء الألماني يعتنق هذا الرأي الأخير ويسير عليه ويستخدم في هذا الصدد تعبيرات ذات دلالة «حق مقارب للحق في كامل هيئته» «مجرد مرحلة للملكية» هذا الحق لا يعدو أن يكون حقاً للملكية ولكن في درجة أقل وإن كان من نفس الطبيعة».

هذا التفسير يتفق مع ما يجري عليه العمل من أن التصرف في هذا الحق يتم طبقاً لوسائل نقل الملكية وليس طبقاً لوسائل حوالة الحق. وإذا تم الوفاء بكامل الثمن فإن حق الملكية ينتقل مباشرة من المورد إلى المتصرف إليه الثاني دون أن يمر بذمة المتصرف إليه الأول، كما أن الحجز الذي يقوم به أحد دائني المتصرف إليه الأول قبل الوفاء بالثمن لا يمكن أن يضر بالمتصرف إليه الثاني، لأنه لا يحتج به في مواجهته(٣).

ولكن كيف نفسر ذلك؟

(١) M. Pédamon, la réserve de propriété en droit allemand, Gaz, Pal. 1981, 4-6 janv.
(٢) M. Pédamon, op. cit. in Rev. jur. com. p. 58.
(٣) Ibid, p. 59.

ذهب البعض إلى فكرة ازدواجية حق الملكية على نفس الشيء. وجوهر هذه الفكرة يدور حول أن خصائص كل من حق المتصرف إليه وحق المورد تعتبر في حقيقتها من نفس الطبيعة. ولكن قد لاحظ أحد الفقهاء أن كلاً من المورد والمتصرف إليه ليس لديهما معاً من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادي. فهما معاً «المالك» والمركز القانوني للأول قد انتقص بما آل للثاني من سلطات».

البعض الآخر من الفقهاء، وهم عديدون، تحدثوا عن انقسام أو قسمة لحق الملكية. **قسمة كمية،** ترد على جزء من هذا الحق، دون أن يؤدي مع ذلك، دفع كل قسط جديد عند استحقاقه إلى انتقال إضافي. **قسمة كيفية،** ترد على خصائص الملكية، فالخصائص التي تتعلق بالضمان وبالتصرف في الحق تبقى للمورد، والخصائص التي تتعلق بالحيازة والاستعمال أو التمتع بهذا الحق تنتقل إلى المتصرف إليه. فحق المتصرف إليه يدخل في طائفة الحقوق العينية المحددة(١).

ويتساءل الفقيه Raiser عن المعيار أو المبدأ الذي تمت طبقاً له هذه القسمة. ولذلك ينبغي بالنسبة له أن يؤخذ الوضع في الاعتبار من منظور الحركة Dynamique من زاوية الاستحلاف الذي يتم على نفس الحق بين صاحبين، بين المالك السابق والمالك اللاحق. فحق الترقب أو التمني le droit expectative يمثل مرحلة انتقالية في التطور التدريجي لفقدان الحق من جانب مالكه القديم واكتساب هذا الحق من جانب مالكه الجديد، هذا التطور يصل إلى منتهاه، عندما يتم دفع كامل الثمن(٢).

ـ وحاول بعض الفقهاء الفرنسيين أن يقدم تحليلاً جديداً لمركز المتصرف إليه في البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية(٣).

ونقطة البداية عند هذا الرأي هي عرض التحليل التقليدي والذي يتلخص في أن المورد يحتفظ بحق الملكية، بينما المتصرف إليه لا يستطيع أن يمارس أي سلطات على البضاعة التي سلمت إليه إلا بناء على سند، اشتراط تعاقدي، (عارية، إيجار) يعني بناء على حق شخصي.

ويتساءل أصحاب هذا الرأي عن مدى إمكانية إعطاء هذه السلطات في يوم

---

(١) M. Pédamon, rapport précité p. 59.
(٢) ibid, p. 55.
(٣) M. Pédamon, op. cit, op. 63.

من الأيام على أساس الحق العيني، حق عيني في الاستعمال باعتباره جزء من حق الملكية، والذي لا يختلط بحق الاستعمال الوارد في نصوص المادة ٦٢٥ وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي والذي هو تصغير لحق الانتفاع.

هذا التحليل يتسم بالجرأة ويصطدم بنفس الاعتراضات التقليدية السابق الإشارة إليها وقد حاول صاحب هذا الرأي الرد عليها(١).

وعلى ذلك ينتهي هذا الرأي إلى أنه ليس هناك ما يمنع في فرنسا من تشجيع التطور الذي يؤدي إلى ما وصل إليه القانون الألماني. ويعتقد أصحاب هذا الرأي أن هذا التحليل له عدة مزايا:

أولها: توافق الحقيقة الاقتصادية مع القانون، ففي أي شيء يستخدم استلام أدوات التجهيز المباعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية إذا المتصرف إليه لا يستطيع استعمالها.

ثانيها: الأخذ في الاعتبار الطابع الديناميكي وليس الطابع الثابت، المنظور وليس الحال لكل عملية.

وثالثها: الأخذ في الاعتبار الحالة النفسية للمتصرف إليه الذي يعتبر نفسه كمالك من كل الوجوه وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد. علاوة على قبوله طواعية، في سبيل ذلك، الأعباء والضغوط التي يفرضها عليه المورد بطريق التعاقد، كنقل المخاطر، وتأمين المخاطر، وتأمين المسؤولية، والالتزام بالمساعدة.. الخ.

رابعها: إخراج مركز المتصرف إليه من نطاق القوة الملزمة، من نطاق الروابط التعاقدية التي وضع فيها أساساً في الوقت الحاضر. كما أن هذا الرأي يمكن أن يساهم في حل مشكلة مدى انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية إلى الغير على النحو الذي سوف نراه(٢).

---

(١) انظر نبيل سعد الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) M. Pédamon, op. cit, p. 63, 64.

في القانون المصري:

تنص المادة ١/٤٣٠ مدني على أنه «إذا كان البيع مؤجل الثمن. جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم التسليم».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد «تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً، أن يحتفظ بالملكية **إلى أن يستوفي الثمن** حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. **وهذا ضمان** تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعها بالتقسيط ـ كالآلات وعربات النقل والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة ـ فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي **الثمن أبلغ في الضمان من** فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت»[1].

ويرى الفقه المصري أن المشتري يكون مالكاً للمبيع تحت شرط واقف وذلك قبل أن يتم الوفاء بكامل الثمن. ولا يمنع من وقت ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع. فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة. لكن ذلك لا يمنع من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشتري من المشتري مالكاً تحت شرط واقف، كما يكون للمرتهن حق رهن على شرط واقف.

وإذا كان المبيع منقولاً ـ كما هو الغالب ـ وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة. ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضي قيام عقد معين ـ الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن ـ وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود.

ولو أفلس المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في لتفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائني المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٤٩.

التفليسة. فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهي البائع: عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة[١].

والقضاء المصري لم يأخذ بمنطق شرط الاحتفاظ بالملكية إلى منتهاه حيث إنه لا يجيز للبائع الاحتجاج بهذا الشرط على الدائنين في حالة إفلاس المشتري تحقيقاً لمبدأ المساواة بين دائني المفلس.

ولذلك الضرورة تقتضي أن يتدخل المشرع، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، ليعطى هذا الشرط ذلك الأثر وبالتالي كامل فعاليته.

ثانياً ـ الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية:

وتثير الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية عدة تساؤلات:

أولاً: على نطاق التعليق على شرط يثار التساؤل حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً أم شرطاً فاسخاً.

ثانياً: في مرحلة أخرى أثير التساؤل حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية تعليقاً على شرط أو إضافة إلى أجل.

أخيراً: أثير التساؤل حول المركز القانوني للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن.

١ ـ شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف:

في القانون الألماني قد تم وضع المشكلة في نطاق الشرط الواقف. علاوة على ذلك نص الشرع صراحة على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشتري في هذا الوفاء (م ٤٥٥ مدني ألماني).

في القانون الفرنسي حيث لم يوجد نص مقابل في التقنين المدني الفرنسي وحتى بعد أن تم تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فإن الفقه الفرنسي ما زال مختلفاً حول طبيعة هذا الشرط، هل هو شرط فاسخ أم شرط واقف؟

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ المجلد الأول، فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

والفارق الأساسي بين التكييفين يكمن في المركز القانوني للمشتري إلى أن يتم الوفاء بالثمن. في الفرض الأول نجد أن المشتري يصبح مالكاً ملكية تامة للشيء المبيع، بالرغم من أن حقه مهدداً بالزوال وبالتالي يستطيع أن يتصرف فيه بنفس هذا الوصف. أما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً، كما هو الحال في الفرض الثاني، فإنه ليس للمشتري إلا حق احتمالي[١] أو شرطي[٢]. ولذلك يكون من الصعوبة بمكان تحديد السلطات التي يباشرها المشتري على البضاعة المبيعة والمسلمة. فالمشتري محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكاً لها ولا حائزاً لها، لأنه ليس لديه نية التملك، أي اعتقاده بحسن نية أنه مالك.

في مراحل التطور الأخيرة والسابقة على صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ اتجه القضاء إلى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه شرط واقف[٣] بالنسبة للنص ذاته الوارد في القانون الجديد فإنه يقصد صراحة «شرط يوقف نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن» والشرط الذي جعله القانون الجديد نافذاً في حق جماعة الدائنين، هو شرط واقف وليس شرطاً فاسخاً. ويثير هذا التكييف العديد من المشاكل في القانون الفرنسي[٤].

في القانون المصري:

قد وضع المشرع بمقتضى نص المادة ١/٤٣٠ مدني هذه المشكلة في نطاق الشرط الواقف والشرط الفاسخ معاً. بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل في هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى المشتري ويستبقي البائع ملكية المبيع المعلقة على شرط فاسخ.

ويلاحظ على هذا التكيف عدة ملاحظات:

أولاً: ما المقصود بالملكية الموقوفة وما هي السلطات التي تعطيها للمشتري.

---

(١) J.M. Verdier, les droit éventuel, contribution à l'étude de la formation successive des droits, Thèse Paris 1955.

(٢) G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, les obligations, T.II, vol. I, no 7, p. 763-764.

(٣) J. Ghestin, la clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil in actualité de droit de l'entreprise t. 12, p. 46.

(٤) انظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص ١٨٤ ـ ١٨٥.

ثانياً: كيف يتصور أن يكون المشتري مالكاً، ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف، رغم صراحة النص في أن نقل الملكية ذاته موقوف على استيفاء الثمن.

ثالثاً: كيف تبقى الملكية لبائع معلقة على شرط فاسخ بالرغم من أن المشرع لم يصرح بذلك، كما أن إرادة الأطراف لم تفصح عن ذلك.

رابعاً: في الواقع والحقيقة أن كلاً من البائع والمشتري ليس لديهما معاً من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادي، فهما معاً «المالك» والمركز القانوني للأول قد انتقص بما آل للثاني من سلطات ـ وعلى ذلك فإن القول بفكرة ازدواج حق الملكية على نفس الشيء ليس له أي سند في الواقع أو في القانون.

٢ ـ شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل:

الفائدة العملية للتفرقة بين الشرط والأجل تكمن بطبيعة الحال في الأثر الرجعي للشرط. فإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً فإنه بمجرد دفع ثمن البضائع كاملاً فإن المشتري يعتبر مالكاً لهذه البضائع من وقت إبرام العقد. على العكس من ذلك إذا نظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فإن حلول هذا الأجل يؤدي إلى نقل الملكية دون أثر رجعي.

هذه الأهمية يمكن الحد منها نتيجة للإمكانية المتاحة للأطراف بالنص على أن لا يكون للشرط أثر رجعي (م ٢٧٠/ ١ مدني مصري)[١] والعكس بالعكس إذ يستطيع الأطراف إعطاء أثر رجعي للوفاء بالثمن أياً كان التكييف الذي تم إعطاؤه لهذه الواقعة.

ويذهب الاتجاه السائد في الوقت الحاضر[٢] إلى أن من الخطأ تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف إذ يتعلق الأمر، في الواقع، بمجرد أجل يترتب عليه، وفقاً للصيغة المستعملة في الغالب من جانب القضاء والعمل، وقف نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن.

---

(١) CF. Cass. civ. 21 juil 1958 J.C.P. 58. II, 10843 V° Y.Loussouarn, le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours dactorut, Paris 1969, p. 101.

(٢) Pédamon, op. cit, p. 761 note 32, Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 755, p. 242.

والقضاء البلجيكي يذهب أيضاً إلى الأخذ بفكرة الأجل الواقف ولم يأخذ بفكرة الشرط الواقف[1].

٣ ـ مركز المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن:

رأينا أن الاتجاه السائد في فرنسا بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه ينبغي تحليله، من حيث المبدأ، كأجل واقف يؤدي إلى تأجيل نقل الملكية.

يترتب على ذلك أنه طالما أن الثمن المتفق عليه لم يدفع فإن المشتري لا يعتبر مالكاً، ولا حتى حائزاً للبضاعة المباعة ولكن حيث إن هذه البضاعة قد تم تسليمها فإنه يعتبر مجرد واضع لليد[2].

إذن الصعوبة التي يمكن أن نصادفها هنا تتمثل في تحديد السلطات التي يمكن أن يمارسها المشتري على البضاعة المباعة، والنتائج المترتبة على ممارسة هذه السلطات ـ فمركز المشتري في هذه الحالة له طابع خاص تماماً.

بطبيعة الحال وضع اليد على المال ينشأ إما عن مركز واقعي تماماً، بحيث لا توجد أية رابطة عقدية تربط بين واضع اليد والمالك، وإما عن مركز قد تم تنظيمه تماماً عن طريق عقد من العقود، كما هو الحال بالنسبة للوديعة أو للإيجار أو العارية.

خصوصية مركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك عقد يربط بينه وبين المالك، بائعه، ولكن هذا الاتفاق في الحدود التي يعتبر فيها مجرد عقد بيع فقط، لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكاً عن طريق الوفاء بكامل الثمن. فالوضع الطبيعي أن هذه السلطات تنشأ عن حق الملكية الذي يتكفل عقد البيع بنقله. لكن في حالة عدم تحقق هذا الانتقال للملكية، نتيجة لشرط الاحتفاظ بالملكية، فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانوني الذي لا يخلو من ترك انطباع بالقلق[3].

---

(١) J. Ghestin, op. cit, no 25, p. 51, 52.

(٢) J Ghestin, rapport op. cit, t. 12, p. 291, no 20.

(٣) J. Ghestin, rapport op.cit, no 20, p. 291.
D. 1974. 363.

وتتزايد هذه الخصوصية عندما نلاحظ أن المشتري لا يستطيع، من الناحية القانونية، أن يمارس على البضاعة أي سلطة مباشرة، لكن الحيازة المادية لهذه البضاعة تسمح له، في الواقع، بأن يستعملها.

هذا الوضع الخاص نجد له انعكاس في تردد القضاء والفقه إزاء تكييفه. فنجد محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٩[1] تعلن أن للمشتري «الحرية الكاملة في استعمالها» كما نجد تعبيرات مماثلة لدى بعض الفقهاء بقولهم أن المشتري «يحوز لحساب الغير»[2] أو أنه «حائز مرتبط بالتزامات تعاقدية»[3] أو حائز عرض[4] أو حتى «مودع لديه»[5].

وقد لاحظ بعض الفقهاء، بحق، أن الحيازة العرضية تعد نوعاً من التفسير دون أن تقدم أي تطوير، كما أن هذه الحيازة تتضمن في الواقع التزاماً بالرد[6]. وكل ذلك يعتبر أجنبياً تماماً عن الحالة النفسية للمتصرف إليه[7].

في ظل هذه الظروف لنا أن نتصور مدى اهتمام الخبراء، والذي انعكس بوضوح على صياغة المشروعات المتعددة لهذا الشرط، بتحديد حقوق والتزامات المشتري على البضاعة المسلمة والتي لم يدفع ثمنها بعد.

- وقبل أن نعرض لهذه الترتيبات التعاقدية لشرط الاحتفاظ بالملكية، فإنه من المناسب أن نذكر باختصار السلطات التي يتمتع بها المشتري، في الواقع، على البضاعة والنتائج المترتبة على ذلك.

من الناحية النظرية، المشتري لا يستطيع فعل أي شيء بالنسبة للبضائع

---

(١) وهذا الحكم كان قد كيف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط فاسخ.

(٢) Du Pontavic, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété dépuis la loi du 12 mai 1980, Banque nov. 1980, p. 1221.

(٣) Lemontey, Gaz. Pal. 1981, 6-7 fév.

(٤) Acquaviva et Barat, la clause de réserve de propriété en droit des affaires, l'actualité fiduciaire, oct. 1980 no 35.

(٥) Garcin et Thieffry, la clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt, 2 Gaz. Pal. 1980, 1.193.

(٦) Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, 1980, 1er éd. no 1189-1195.

(٧) M. Pédamon op. cit, p. 62.

المباعة قبل أن يدفع ثمنها. لكن مخالفة هذا الالتزام لا يرتب أي جزاء إلا على نطاق القانون المدني. هذا الجزاء يتمثل في دفع مبلغ من التعويض. فعالية هذا الجزاء ستكون نسبية للغاية خاصة إذا ما كان المشتري غير موسر. على نطاق الجزاء الجنائي، فإن عقد البيع لا يعتبر من بين عقود الأمانة، وبالتالي لا تتوافر جريمة خيانة الأمانة.

من الناحية العملية، سيكون من الصعب جداً، ومن غير الملائم، أن نمنع المشتري من استعمال البضائع المسلمة إليه، وخاصة إذا تعلق الأمر بأدوات التجهيز المهني. كما أن التسليم سيصبح عديم الفائدة بالنسبة للمشتري: لكن هذا الاستعمال يمكن أن يؤدي إلى استهلاك هذه المواد مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة والحساسة في حالة الاسترداد الناشيء عن عدم الوفاء بالثمن.

هذا الاستعمال للبضائع يمكن أن يصل إلى حد اندماجها، سواء في المخزون الذي لدى المشتري، أو في عقار أو في منقول آخر، أو قد يصل إلى حد تحويلها. هذا يطرح التساؤل الخاص بكيفية التحقق من نوع البضاعة عند الاسترداد الناشيء عن عدم الوفاء بالثمن.

ويلاحظ أن قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ في فرنسا لا ينطبق إلا على الشروط البسيطة للاحتفاظ بالملكية. وبالتالي لا ينطبق على الشروط التي تسمح بالاحتفاظ بالملكية في حالة تحويل البضائع المباعة، وبالتالي لا يجوز للبائع طبقاً لهذا القانون المطالبة بالبضائع المحولة. وهذا يتلافى مع نص المادة ٢/٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (م ٦٥ من قانون ١٩٦٧) والخاص بالتقويم أو التصفية القضائية والتي تشترط أن تكون البضائع في حالتها العينية. كما أن القضاء يتجه إلى أن البضائع لا توجد على الإطلاق في حالتها العينية عندما يتم تحويلها[١].

وقد حاول بعض الفقهاء أن يطبق على هذه الحالة أحكام الالتصاق في الأشياء المنقولة والتي تقضي بأن للمالك الحق في المطالبة بالشيء الذي تم صنعه من مواد تخصه بشرط أن يدفع مقابل أجر اليد العاملة (م ٥٧٠ مدني فرنسي) للقول بأن البائع ما زال مالكاً للبضائع التي تم تحويلها[٢] وبالرغم من مهارة هذه الحجة

---

(١) J. Ghestin, synthèse, op.cit, no 23, p. 292.
(٢) Ibid.

إلا أن هناك اعتبارات كثيرة تحول دون الأخذ بها[١].

ـ هناك صعوبات أخرى ناشئة عن تصرف المشتري الذي لم يدفع ثمن البضاعة، والذي لم يعد بالتالي مالكاً لها بعد، إلى شخص آخر حسن النية، أي لا يعلم بعدم ملكية البائع له لهذه البضائع. في هذه الحالة يستطيع المشتري من المشتري أن يدفع مطالبة المالك له، البائع الأول، بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية (م ٩٧٦/ ١ مدني مصري، م ٢٢٦٩ مدني فرنسي). ويقع على عاتق البائع عبء إثبات سوء نية المتصرف إليه، أن علمه بالفعل بشرط الاحتفاظ بالملكية حتى يستطيع أن يستردها منه طبقاً للقواعد العامة.

ـ وعلى مستوى تطبيق قواعد بيع ملك الغير، نلاحظ أن الإبطال المقرر (في المادة ٤٦٦ مدني مصري، م ١٥٩٩ مدني فرنسي) في هذه الحالة مقرر لمصلحة المتصرف إليه فهو وحده الذي يستطيع أن يتمسك به. وهذا الإبطال لا محل له إذا أصبح المشتري مالكاً للشيء المبيع. لذلك يكفي أن يقوم هذا المشتري بالوفاء بكامل الثمن للبائع حتى يصبح بيع المشتري للمتصرف إليه صحيحاً ولا يمكن الطعن فيه.

ـ **بخصوص الترتيبات التعاقدية لشرط الاحتفاظ بالملكية لمواجهة الصعوبات التي تتعلق بمركز المشتري قبل الوفاء بالثمن** نجد أن العديد من الاتحادات المهنية قد اقترح عدة وسائل لتحديد حقوق والتزامات المشتري في هذه المرحلة..

فيوجد في الغالب اشتراط بمقتضاه أن المشتري يحوز البضاعة قبل الوفاء بكامل الثمن طبقاً **لعقد وديعة** بينه وبين البائع. هذا الاشتراط يحقق العديد من المزايا للبائع، منها أن تصرف المشتري في البضاعة يعرضه لجريمة خيانة الأمانة. لكن ليس من المقطوع به أن بسط الحماية الجنائية في العلاقات التجارية يعتبر أمراً مستحباً ـ فالجزاء الجنائي، إذا تم تطبيقه بالفعل، يمكن أن يكون معطلاً، وإذا لم يتم تطبيقه فإنه يمكن أن يعتبر انتكاسة لقوة الزجر التي يتمتع بها القانون الجنائي. علاوة على ذلك فإن هناك مخاطر عدم اعتراف المحاكم بهذا الاشتراط، وهذا ما

(١) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص ١٩٦ وما بعدها.

أدى إلى وقف استعماله.

يمكن أيضاً تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بترخيص بالاستعمال، قريب من عارية الاستعمال، أو بترخيص بالتحويل أو بالبيع. في هذه الفروض يجب أن نلاحظ أن البضائع إذا لم توجد في حالتها العينية لا يمكن المطالبة بها، كما أن حيازة الغير للبضاعة بحسن النية سيحول أيضاً من إمكانية استردادها على النحو السابق بيانه.

بصفة عامة يبدو من الصعب السماح في كل الحالات بترتيبات عقدية تكون قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الغير. ويشترط للاحتجاج بهذه الترتيبات في مواجهة الغير أن يكون الغير على علم فعلي بها طبقاً للمبادىء العامة التي تحكم الاحتجاج بالعقود.

الخلاصة:

- نحن نرى أن التفسير الصحيح لنص المادة ١/٤٣٠ مدني مصري يقترب إلى حد كبير من التفسير الألماني لنص المادة ٤٥٥ مدني ألماني وهو على خلاف ما هو مستقر عليه في الفقه المصري[1].

وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر شرطاً واقفاً فقط لا يعطي للمشتري حقاً للملكية موصوفاً، بالملكية الموقوفة، وإنما بعض السلطات التي تتيحها السيطرة المادية والفعلية على الشيء المبيع على إثر تسليمه له. هذه السلطات يمكن اعتبارها مكونة لحق عيني ناشىء عن تجزئة حق الملكية - هذا الحق العيني لا يعطي لصاحبه **إلا سلطة في استعمال الشيء المبيع بحالته في نطاق الاستغلال العادي للمشتري**. ولا يعطي له سلطة التصرف في هذا الشيء أو سلطة استغلاله.

هذا الحق في الاستعمال يختلف عن حق الاستعمال كحق عيني تقليدي من حيث المضمون **فهذا الحق لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة على الشيء المبيع وإنما سلطة قابلة للتأكيد والثبات كلما اقترب المشتري من الوفاء**.

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

ولذلك فإن هذا الحق لا يعطي لصاحبه سلطة تحويل البضاعة أو استهلاكها أو دمجها وذلك على خلاف حق الاستعمال التقليدي الذي يسمح بذلك عندما تقتضيه طبيعة الشيء محل الحق[١].

وبذلك تنسجم الحقيقة الاقتصادية مع القانون. كما أن هذا التكييف يأخذ في الاعتبار الحالة النفسية للمشتري الذي يعتبر نفسه كمالك وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد، وإن كان هناك من قيود يمكن أن يستشعرها فإن ذلك ناشىء عن قبوله شرط الاحتفاظ بالملكية.

الخاتمـة:

في الواقع إن البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر بيعاً ذا طبيعة خاصة. فهو يختلف بصفة أساسية عن البيع بالأجل بدون شرط الاحتفاظ بالملكية. ففي هذا الأخير نجد أن الأمر يقتصر على إضافة الالتزام بالدفع إلى أجل. وهذا يعني ثقة المورد في المتصرف إليه حيث إن نقل الملكية يتم في الحال استقلالاً عن الوفاء بالثمن. لكن البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يتضمن هذه الثقة أو على الأقل ليس نفس الدرجة من الثقة، حيث إن البائع يخضع الأثر الناقل للملكية لاحترام الآجال التي يتم فيها الوفاء بالثمن.

هذا الميكانيزم يؤدي إلى تجزئة البيع إلى عقد ينشىء التزامات، ومنها الالتزام بنقل الملكية، ولكن تنفيذ هذا الالتزام يتم في مرحلة لاحقة، وعلى ذلك نجد أن الضمان يتمثل في الفصل بين الجانب الملزم والجانب العيني للبيع. ولكن ما مدى هذا الضمان؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

المطلب الثاني: مدى ما يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية من ضمان

في هذ الصدد سنعرض لبساطة وفعالية هذا الشرط، ثم نعرض بعد ذلك لمدى احتجاج الغير بشرط الاحتفاظ بالملكية.

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية السابق الإشارة إليه ص ٢٨، ٢٩.

أولاً ـ بساطة وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية:

ـ تتأتى بساطة هذا الشرط في أنه لا يستلزم أكثر من الاتفاق عليه بين بنود العقد ـ ولذلك نجد أن هذا الشرط شائع في بيع الآلات الميكانيكية والدرجات، وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والتليفزيونات والثلاجات والغسالات والآلات الكاتبة وغير ذلك من المنقولات. وهذا الشرط متصور أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والفيلات وغير ذلك.

ويمثل هذا الشرط في بيع المنقولات وسيله للضمان متلائمة مع المحل الأساسي للعقد، وهو نقل الحيازة فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن يستطيع البائع أن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكاً له مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري.

ولكن قد ظل هذا الشرط عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس على أساس أن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين، خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الظاهر.

ولذلك اتجهت معظم التشريعات في الدول المتقدمة إلى تعزيز الضمان الناشيء عن شرط الاحتفاظ بالملكية وجعلت هذا الشرط، تحت شروط معينة، نافذاً في مواجهة باقي الدائنين في حالة إفلاس المشتري.

ففي فرنسا مثلاً صدر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ليعدل نص المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ والخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال ويجعل شرط الاحتفاظ بالملكية، وفقاً لشروط معينة، نافذاً في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس. ثم جاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ والخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات وأخذ (م ١٢١ منه) بالأساسي من نصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[١] وقد نص قانون ١٩٨٥ على أن البضائع المباعة بشرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها في حالة إفلاس المدين، لكن هذه المطالبة يمكن أن تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب مأمور التفليسة، والتي تنتهي على

(١) Derrida, Gode et Sortas. Redressement et liquidation judiciaire, les entreprises. 2^{e}éd. supra note 21, no 251.

أقصى تقدير مع انتهاء مدة المراقبة[١].

وطبقاً لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ في فرنسا فإن شكليات ووسائل الشهر والعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية قد اختصرت إلى أقل قدر ممكن، فيكفي أن يكون الشرط مكتوباً، على أكثر تقدير وقت التسليم. والعلة من اشتراط الكتابة هي تجنب كل منازعة أو غش بالنسبة لباقي الدائنين الذي أصبح الشرط نافذاً في موجهتهم.

ويتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الكتابة هنا ليست متطلبة لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية، كما أنها ليست متطلبة لحماية رضا المشتري. ولذلك يكفي قبول المشتري لعقد البيع، أياً كان شكل هذا القبول، فالكتابة طبقاً لهذا القانون تعتبر شرطاً للاحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة الدائنين وذلك لتجنب الغش للإضرار بحقوق هؤلاء الدائنين. لذلك يكفي التحقق من هذه الحماية أن يكون قبول الشرط مؤكداً وأن يتم قبل تسليم البضاعة[٢].

- تتأتى فعالية هذا الشرط، من أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة في حالة عدم الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق. وعندما يكون المدين في حالة إفلاس فإن هذه المطالبة ينبغي أن تتم فعلاً في الثلاثة أشهر التي تبدأ من النطق بالحكم بفتح التفليسة (م ١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقاً رفع دعوى الفسخ أو إثارة الشرط الفاسخ لأنه يترتب على فتح التفليسة تعطيلهما.

هذه المطالبة تفترض من حيث المبدأ، أن تكون البضاعة ما زالت في حالتها العينية. لكن يخفف من هذه القاعدة السماح بالحلول العيني في حالتين:

الحالة الأولى: حالة إعادة البيع، حيث إن المطالبة ستنصب عندئذ على الثمن، بشرط ألا يكون قد تم دفعه نقداً، أو قيمة أو وقعت به المقاصة فيما بين المدين والمشتري (م ١٢٢ من قانون ٢٥يناير ١٩٨٥).

الحالة الثانية: حالة هلاك البضاعة، حيث إن المطالبة ستنصب على مبلغ التأمين الذي حل محلها، عندما يكون الهلاك راجعاً إلى قوة فاهرة[٣] وهذه القاعدة

---

(١) F. Derrida, P.Gode, J.P. Sortas, la lois du 25 janv. 1985, les effets du jugument de redressement juidiciaire à l'égard de l'entreprise; Def. 1985, 33627, p. 1329, no 13.

(٢) J. Ghestin, synthèse, no 21 p. 285.

(٣) انظر =

تستند ضمناً على المادة ل. ١٢١ ـ ١٣ من تقنين التأمين[١].

ودعوى الاسترداد الخاصة بالبائع باعتباره مالكاً لا تقبل التجزئة بطبيعتها، لأن محلها هو حق الملكية، ولذلك فهي تمارس بالنسبة لكل البضاعة طالما أنه ما زال دائناً بجزء من الثمن.

هذا المبدأ يثير صعوبة في حالة ما إذا تم حوالة جزئية لهذا الحق أو حوالة كلية له لعدة محال لهم. وهذا بالتحديد وجه الضعف في هذه الوسيلة من وسائل الضمان. فمحل هذا الضمان هو حق الملكية الذي يرد على الشيء ذاته ولذلك فهو لا يتجزأ وبالتالي لا يستطيع المحال له بجزء من الثمن أو المحال لهم أن يمارسوا هذا الضمان. وذلك على العكس في حالة الرهن الرسمي أو الحيازي حيث إن الدائن يمارس حقه في التقدم على المقابل النقدي للشيء المرهون مما يسمح بتطويع العبء لمبلغ الدين المضمون.

ثانياً ـ مدى انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان:

وتثور هذه مشكلة عندمايقوم البائع بحوالة الحق في الثمن، أو حتى التنازل عن عقد البيع ذاته، فهل يستطيع المحال له أو المتنازل له الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره وسيلة من وسائل الضمان؟؟

وللإجابة على هذا التساؤل نعرض **أولاً**، لحوالة الحق من الثمن أو الحلول الاتفاقي، ثم نعرض **ثانياً** للتنازل عن البيع.

١ ـ حوالة الحق في الثمن والحلول الاتفاقي:

قد يتم انتقال الحق في الثمن عن طريق حوالة مدنية أو عن طريق تظهير للكمبيالة، أو عن طريق الحلول الاتفاقي.

في كل هذه الوسائل لنقل الحق تظهر صعوبة عملية هي معرفة ما إذا كان من

= com. 1er oct. 1985, D. 86. 246 note appr. M. Cabrillac.

(١) هذا يتضمن تشبيهه مع الرهن الرسمي مما يعزز من صفة الضمان لشرط الاحتفاظ بالملكية
Com. 15 mars. 1988, Caudray, Bull. IV, no 106. 1er cop D. 88. 330 note F. Perachon.

الممكن الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان باعتباره من توابع الحق المحال به.

يرجع سبب هذه الصعوبة إلى أن القانون المدني قد نص على هذه التوابع. فبالنسبة لحوالة الحق تنص المادة ٣٠٧ مدني مصري على أنه «تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط» (م ١٦٩٢ مدني فرنسي) وبالنسبة للحلول تنص المادة ٣٢٩ مدني مصري على أنه «من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات..» (م ١٢٥٠ مدني فرنسي).

استقر الفقه في الوقت الحاضر، بعد خلاف طويل[١]، على أن السماح بانتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية إلى الغير لا يستلزم بالضرورة اعتباره تأميناً عينياً بالمعنى الفني الدقيق. وإنما يكفي للسماح بذلك أن يعتبر كضمان تبعي على غرار دعوى الفسخ، بمعنى أنه وسيلة مخصصة أساساً لضمان الوفاء بالحق[٢].

كما أن السماح بهذا الانتقال يستجيب لاعتبارات عملية، حيث أنه يسمح للبائع بتداول حقه وبصفة خاصة بنقله إلى مؤسسة للائتمان. كما أن هذا الانتقال قد سمح به في القوانين الأجنبية وتقره الغالبية العظمى من الفقهاء.

٢ ـ التنازل عن عقد البيع:

التنازل عن العقد هو نقل المركز التعاقدي لأحد الأطراف بما يتضمن هذا المركز من حقوق والتزامات.

وتوجد تطبيقات عديدة لهذا التنازل في القانون الوضعي في الوقت الحاضر ومع ذلك فإن النظام القانوني لهذا التنازل ما زال غامضاً محل خلاف.

ويكفي أن نلحظ في هذا الصدد أن التنازل عن البيع من جانب البائع لأحد

---

(١) انظر في هذا الخلاف مؤلفنا في الضمانات غير المسماة، ص ٢١٠، ٢١١.

(٢) M. Cabrillac, les accessoires de la créance Mélange, Weill, 1983, et no 20 et s. F. Perochon, la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels, Thèse montpelleir, 1987, Bibl. dr. entreprise; T 12 préf. J.M. Mousseron.

البنوك يتضمن بالضرورة نقل شرط الاحتفاظ بالملكية، لأن ما تم نقله ليس فقط الحق وتوابعه وإنما المركز العقدي في جملته.

في القانون المصري:

نرى أنه يجب أن يتدخل المشرع ليعزز فاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية بجعله نافذاً في حق باقي الدائنين في حالة إفلاس المشتري أو إعساره مما يسمح للبائع أن يسترد الشيء المبيع ودون أن يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين. وهذا يقتضي بطبيعة الحال اشتراط الكتابة في الشرط والتحقق من قبوله من جانب المشتري قبل التسليم وذلك على غرار قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ في فرنسا وكذلك في ألمانيا وغيره من الدول المتقدمة.

المبحث الثاني: البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع

هذه العقود تعتبر أكثر من أيجار وأقل من أن تكون بيعاً. وتحليل هذه العقود يتسم غالباً بالصعوبة. في الواقع إن الدافع إلى الالتجاء إلى مثل هذه العقود هو تحقيق نوع من الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية. وكذلك التمتع بالحماية الجنائية في حالة تصرف المستأجر في محل العقد قبل الوفاء بالثمن وتملك الشيء.

هذه العقود تتضمن مخاطر مالية بالنسبة للمتصرف إليه الذي يدفع جزء من الثمن قبل نقل الملكية. وهذا المبلغ يكون كبير نسبياً في نطاق العقارات. ولذلك فإن الخطر يكون أكثر لأنه إذا كان يوجد للبائع امتياز لضمان استيفاء الثمن إلا أنه لا يوجد امتياز للمشتري الذي دفع الثمن ولم يتلقَ الملكية. علاوة على حرمان المتصرف إليه من الحق في الاشتراك في إدارة العقار حيث إن هذا الحق للمالك وهو ليس بمالك علاوة على تعرضه للفسخ وبالتالي ضياع ما تم دفعه لأنه قد دفع على سبيل الإيجار مقابل الانتفاع لا على سبيل الثمن وغير ذلك من صعوبات.

ولذلك تدخل المشرع في كثير من دول العالم لتنظيم هذه العقود وكفالة الحماية للمتصرف إليه.

وسوف تركز دراستنا على نقطتين أساسيتين:

أولاً: التعريف بالبيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع.

ثانياً: بيان مدى ما تحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية.

المطلب الأول: التعريف بالبيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع

في هذا الصدد سندرس ماهية هذه العقود وأهميتها، ثم نحاول تمييزها عن غيرها من العقود التي قد تشتبه بها.

أولاً ـ ماهيتها وأهميتها:

وهنا نعرض على التوالي للمقصود بها، وللأهمية العملية لهذه العقود.

١ ـ المقصود بها:

وهنا سوف نعطي لكل منهما تعريفاً يكشف عن جوهره وكيفية عمله.

ـ فبالنسبة لعقد البيع الإيجاري نجد أنه في الحقيقة عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع ـ المؤجر والمشتري ـ المستأجر.

ـ أما بالنسبة لعقد الإيجار المتضمن وعداً بالبيع، نجد أن هذا العقد أكثر استعمالاً من عقد البيع الإيجاري، هذا العقد يتضمن في الواقع عقدين:

ـ إيجار وهو مرتبط بوعد بالبيع بالمفهوم التقليدي. وتكون مدة هذا الإيجار غالباً من ١٨ شهراً إلى سنتين مع دفع أجرة يكون مستواها أعلى تقريباً من الأجرة في سوق الإيجارات، جزء من هذه الأجرة يعتبر كمخصص للوفاء الجزئي لثمن البيع إذا ما تم. هذا الجزء من الأجرة متنوع للغاية فيتراوح بين ٢٠، ٧٥ ٪ من الأجرة الإجمالية. فيما وراء ذلك فإن الأمر يتعلق بإيجار عادي سواء بالنسبة لالتزامات المؤجر والمستأجر، ويلتزم المستأجر بصفة خاصة بتقديم وديعة على سبيل الضمان، للوفاء بالأجرة خلال مدة الإيجار.

- بالنسبة للوعد بالبيع، هذا الوعد لا يختلف بصفة عامة عن الوعد بالمفهوم التقليدي مع دفع المستأجر مقدم يتراوح غالباً بين ٥ و ١٠ ٪ من الثمن. هذا المقدم يكون من حق البائع في حالة ما إذا لم يبدِ المستأجر المستفيد من الوعد رغبته في الشراء. لكن قد يحل محل هذا المقدم «تعويض عدم التصرف» indemnité d'immobilisation خلال مدة الوعد. هذا التعويض له نفس المحل ويأخذ نفس الحكم. والثمن يتم تحديده وفقاً لمؤشرات معينة حتى تاريخ البيع.

عند انتهاء مدة الإيجار، وهي نفس مدة الوعد بالبيع، يكون عقد البيع قد تم إبرامه ويتم خصم الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن من الثمن المدفوع، وكذلك الأمر بالنسبة لوديعة ضمان الأجرة والأجرة المدفوعة مقدماً.

ومع ذلك فإن عقد البيع يمكن أن يتم قبل انتهاء مدة الإيجار، بل يحث البائعون المستأجرين على ذلك. ليس بربط الثمن بمؤشرات معينة فحسب، وإنما أيضاً بتخصيص جزء أكبر من الأجرة للوفاء بالثمن كلما تم البيع مبكراً. وبطبيعة الحال يتم خصم المقدم أو التعويض عن عدم التصرف خلال مدة الوعد من الثمن عند تمام البيع.

وفي حالة تخلف المستأجر فإنه قد يلزم بدفع مبلغ من التعويض عن إنهاء الإيجار قبل مدته، بل قد يلزم بدفع الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية للإيجار، علاوة على ذلك يمكن أن يخسر المستأجر، طبقاً للوعد بالبيع، المقدم الذي دفعه أو التعويض عن عدم التصرف، في المقابل للمستأجر أن يسترد بصفة عامة، الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن السابق دفعه خلال مدة الإيجار والوعد.

مضمون هذه العقود متنوع للغاية - بل إن طبيعتها تتوقف في الواقع على مبالغ الأجرة ومبالغ الدفعات التي تتضمنها وذلك بحسب ما إذا كان الجزء المخصص من الأجرة لدفع الثمن ذو أهمية من عدمه، وبحسب ما إذا كان مقدم الوعد بالبيع ذو أهمية من عدمه، وبحسب ما إذا كان سيترتب على عدم إظهار الرغبة في الشراء فقد كل أو بعض المقدم من عدمه، ستكون بصدد إيجار أو بيع محض بحسب الظروف[1].

(١) P. Lancercau, les contrats de location-vente et de location assortis d'une promesse de vente du 13 juillet 1979, Rev. dr. immob. 1980, 22, no 2.

٢ ـ أهميتها العملية:

يبدو أن عقد البيع الإيجاري أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع في مجال العقارات له منفعة اقتصادية غير منكورة. كما أن هذه العقود تحقق غالباً مصالح الطرفين. فالمستأجر لديه رغبة لأن يصبح مالكاً للمسكن الذي يشغله. هذه الرغبة تعبر في نفس الوقت عن حاجات نفسية واقتصادية لدى الشخص. والبائع من جانبه يجد أن الصفقة تتم بسهولة ويسر نتيجة اقتصاده الوقت والمصاريف في الدعاية والإعلان وأتعاب الوسطاء. ولكن الشخص الراغب في الملكية ليس لديه دائماً في الحال المبالغ اللازمة لاكتسابها، لذلك فإن الفترة التي يتم فيها الإيجار تعطيه الوقت اللازم لتدبير هذه المبالغ وتجنبه ضياع الفرصة وتجعله يألف المكان الذي سيتملكه بصفة نهائية.

ثم نعلم الصعوبات الضخمة التي تصادف الشخص عند اكتساب الملكية وبصفة خاصة الشبان حديثي الزواج، وما يستلزمه ذلك من مبالغ كبيرة لا يتسنى في الغالب توفيرها دفعة واحدة. كما أن البائعين وأصحاب العقارات المبنية يواجهوا غالباً بالقدرات المالية المحدودة للعديد من عملائهم المحتملين، وما قد يترتب على ذلك من خسائر محتملة في بيع المساكن لمثل هؤلاء العملاء وخاصة وأنه قد ينشأ مظهر كاذب لليسار نتيجة الحصول على الائتمان اللازم لدفع المقدم المطلوب في هذه البيوع.

ولذلك نحن نرى أن الالتجاء إلى صيغة البيع الإيجاري أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع يعتبر أحد الحلول العملية، لمشكلة السكن، أو على الأقل طريقاً لبحث عن حل لهذه المشكلة الاجتماعية والاقتصادية ذات الأهمية القصوى.

ـ وعلى المستوى الاقتصادي تعتبر هذه العمليات مفيدة بالنسبة للمتصرف إليه، ففيها تقليل لأعباء رد القروض وإطالة للمدد المتاحة، وإمكانية اختيار أحسن وقت لتغطية إيجاره بالشراء على ضوء تغير سعر الفائدة، بالنسبة للبائع فإنه يعتبر في وضع محايد حيث إنه يحدد سعر المسكن بطريقة تسمح له بتغطية الأجرة والمصاريف المالية والثمن وفي المقابل سيتحمل المستأجر هذه الأعباء.

من ناحية أخرى، نجد أن الخطر الذي تتضمنه هذه الصيغ، بالنسبة للمشتري

المحتمل الذي دفع جزء من الثمن دون أن يكون مالكاً أكبر، من الناحية النظرية، مما يتعرض له في بيع المباني تحت الانشاء. ولذلك عادة ما يتدخل المشرع ليجنب المشتري المحتمل هذا الخطر. وهذا ما فعله المشرع الفرنسي بقانون ٣ يناير ١٩٦٧، ولذلك قد تحمل أصحاب المباني عبئاً ثقيلاً من الناحية المالية. في الواقع هذا الخطر لم يظهر بصورة واضحة أثناء الأزمة الاقتصادية وذلك لأن الذين استخدموا هذه الصيغ هم كبار المشيدين وحدهم وبالتالي كان يسارهم ليس محل شك.

- من الناحية القانونية، هذا الخطر ما زال ماثلاً بالنسبة للمشتري في البيع الإيجاري في مجال العقارات. ولم يواجه المشرع الفرنسي هذا الخطر في قانون ١٣ يونيو ١٩٧٩، وإن كان قد اهتم بتنظيم مسائل ثانوية في الغالب تنظيماً دقيقاً بما قد يجره ذلك من تعقيدات. والمشرع المصري تهرب من تنظيم البيع الإيجاري رغم فائدته الاقتصادية والاجتماعية وأعطى له حكم البيع بالأجل (م ٤/٤٣٠ مدني مصري) فكأنه قد حذف هذه الصيغة من التعامل تماماً.

المنفعة الاقتصادية التي تستجيب لها هذه الصيغ ينبغي أن تحث المشرع على تطويرها عن طريق وضع مجموعة من القواعد المتكاملة والتي تعطي كلاً من أطرافها والغير الحماية اللازمة.

ويكفي أن ندلل على أهمية ذلك برصد التطور الحالي في مجال الإسكان. في الواقع إذا كان السكن في المدن قد تم إلى عهد قريب عن طريق التأجير، فإنه منذ ٣٠ عاماً تقريباً قد تطورت ملكية المساكن بصورة ملحوظة. هذا التطور يرجع إلى عدة أسباب: السبب الرئيسي منها هو اتساع نطاق المدن بصورة سريعة، وازدياد معدلات النزوح إليها من الريف، علاوة على زيادة السكان بمعدلات مرتفعة، وكذلك الخشية من التضخم لها نصيب وافر، وأيضاً مساعدة الدولة بقروض الإسكان.

لكن في الوقت الحاضر هناك اختفاء للإدخار التدريجي السابق، وتقليل تدريجي لمساعدة الدولة، وارتفاع لأسعار الفائدة على قروض الإسكان مما أدى إلى ظهور صعوبات عديدة أمام التطور الحالي لاكتساب الملكية العقارية.

ولذلك لنا أن نتساءل عما سيكون عليه الأمر من الناحية القانونية في المستقبل. هل سيكون في الالتجاء مرة أخرى إلى الإيجار المتضمن مبالغ نقدية ضخمة ضائعة؟ هل في الشراء الفوري الذي أصبح أكثر صعوبة بالنسبة للغالبية العظمى من الأشخاص الذين لديهم حاجة ماسة للمسكن؟ نحن نعتقد أن المخرج سيكون في حل وسط، في البيع الإيجاري أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

للأسف في مصر قد قفل المشرع التطور أمام صيغة البيع الإيجاري واعتبرها مجرد بيع بالأجل يخضع للتنظيم الوارد في المادة ٤٣٠ مدني. ولكن ما زال الباب مفتوحاً أمام تعديل هذه المادة وأيضاً تنظيم كل من البيع الإيجاري والإيجار المتضمن وعداً بالبيع. في تشريع واحد يحقق الحماية والتوازن لكل من الطرفين والغير.

في فرنسا للأسف أيضاً لم يتم تنظيم البيع الإيجاري أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع إلا بمناسبة تشريع يتعلق بالائتمان وليس بطريقة مستقلة. وقد اكتفى المشرع بتنظيم العلانية، ومضمون العرض المقدم من المؤجر، وتحديد الشروط الجزائية على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

ومعالجة هذه العقود على هذا النحو قد أدى إلى عدم خضوعها لدراسة متعمقة ولا لإعداد كاف. وكان ينبغي أن يكون مضمون هذه العقود محل تأمل وتفكير عميق، لما لها من مظاهر الإيجار، ولما لها من مظاهر البيع، وإعطاء حد أدنى من الحماية لمصالح الأطراف والغير. ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه العقود المجردة من النظام القانوني الضروري لها، تستطيع أن تتطور لتواجه الحاجات الاقتصادية التي أفرزها التطور الحالي لأزمة الإسكان؟.

ثانياً ـ تمييزها عن غيرها من العقود:

عقد البيع الإيجاري وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يختلف عن البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية، وعن الإيجار الائتماني أو التمويلي، وإيجار الأشغال.

١ ـ **اختلاف هذه العقود عن البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية:**

في البيع الإيجاري وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع نجد أن العقد له مظاهر الإيجار وله مظاهر البيع في نفس الوقت. في البيع الإيجاري لا تطبق أحكام الإيجار والبيع إلا على سبيل التعاقب. إذ يبقى العقد إيجاراً إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن. فمنذ ذلك الوقت يصبح العقد بيعاً مع ما يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه. أما في الإيجار المقترن بوعد بالبيع فإنه يتعاصر تطبيق أحكام كل من الإيجار والبيع وتتفاعل هذه الأحكام مما يترتب عليه نتائج مغايرة بالنسبة لكل منهما على حدة. ولذلك فإن هذه العقود تخضع لأحكام كل من العقدين، الإيجار والبيع، في الحدود التي تسمح بها طبيعتها.

أما عقد البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس له إلا صفة واحدة هي صفة عقد البيع وبالتالي فإنه يخضع لهذه الأحكام كل ما هنالك ستكون الملكية معلقة على شرط واقف إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن بالنسبة لبعض التشريعات وبعض الفقهاء، مضافة إلى أجل واقف بالنسبة لبعض التشريعات وبعض الفقهاء على النحو السابق بيانه.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بالثمن لا يعتبر مبدداً. كما أنه إذا أفلس المشتري فإن البائع لا يسترد المبيع من التفليسة إلا إذا كان له أن يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير طبقاً لبعض التشريعات على النحو السابق بيانه. بينما يكون الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد البيع الإيجاري أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع في بعض التشريعات.

٢ ـ **اختلاف هذه العقود عن الإيجار الائتماني أو التمويلي:**

الإيجار الائتماني يعتبر عملية تمويلية ثلاثية الأطراف. وأهم ما يميزها وجود الممول بالإضافة إلى البائع والمستأجر الائتماني، بينما في عقد البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع لا يوجد إلا طرفان المؤجر ـ البائع، والمستأجر ـ المشتري.

عقد الإيجار التمويلي في صورته البسيطة هو عقد إيجار لضمان ائتمان

معين، بأن الشركة المؤجرة تسترد الغرض الذي منحته للمستأجر الائتماني من خلال أقساط يدفعها مقابل استعماله الشيء مع خيار بالشراء للمستأجر في نهاية العقد. فالمستأجر الائتماني له في نهاية العقد ثلاث خيارات:

١ ـ رد هذه الأدوات.

٢ ـ تجديد العقد.

٣ ـ شراء هذه الأدوات بالقيمة التجارية المحددة من الأصل[١].

فالهدف الرئيسي من الإيجارالائتماني هو توفير وسيلة تمويلية وأن الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية يتحقق بصفة تبعية وثانوية. بينما في عقد البيع الإيجاري والإيجار المتضمن وعداً بالبيع الهدف الرئيسي منهما هو توفير وسيلة ضمان قوية وهي الاحتفاظ بالملكية، علاوة على التمتع بالحماية الجنائية في حالة التصرف في العين أثناء فترة الإيجار.

٣ ـ اختلاف هذه العقود عن عقد إيجار ـ الإشغال la location-accession:

فقد أنشأه قانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ في فرنسا من أجل إنعاش إشغال العقارات دون ارتباط بملكيتها وخاصة العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية وسكنية.

وعقد إيجار الإشغال location accession الذي يخضع لهذا القانون لا بد أن يتوافر له ثلاث خصائص:

١ ـ يتضمن وعداً بالبيع للشاغل l'accédant أي يكون له الخيار.

٢ ـ مدة أولية للانتفاع بالعين بمقابل.

٣ ـ أن يدفع هذا المقابل حتى إعلان الرغبة. هذا المقابل يشمل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ يقابل الحق الشخصي في نقل ملكية العقار إليه.

Contrepartie «du droit personnel au transfert de propriété du bien» (art 1).

هذا العقد يختلف عن البيع الإيجاري بتضمنه الخيار الممنوح للمستأجر.

---

(١) انظر مؤلفنا في الضمانات غير المسماة ص ٢١٧.

وهو يختلف عن الإيجار المقترن بوعد بالبيع لأن هذا الأخير لا يتضمن الإيجار المبالغ فيه surlayer السابق بيانه. ولذلك فإن هذين العقدين لا يخضعان لقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤.

المطلب الثاني: مدى ما تحققه هذه العقود من ضمان

نعرض في هذا المطلب لمدى ما تحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لمسلك المشرع الفرنسي في تنظيم هذه العقود.

أولاً ـ الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان:

نبين أولاً موقف المشرع المصري من البيع الإيجاري، ثم نبين بعد ذلك مدى ما يحققه البيع المقترن بوعد بالبيع من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية.

١ ـ موقف المشرع المصري من البيع الإيجاري:

بالرغم من الفوائد العملية التي يحققها البيع الإيجاري للمتعاقدين على النحو السابق بيانه، وكذلك الفوائد الاقتصادية التي يستجيب لها إلا أن المشرع الصري قد افترض أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط والمبلغ الإضافي الذي جعله المتعاقد ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً، والثمن الحقيقي إنما هو هذه اقساط التي يسميانها أجرة[1].

ولذلك قد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري لتعطي لهذا العقد حكم عقد البيع بالتقسيط بنصها على أن «تسري الفقرات الثلاث السابقة (المتضمنة أحكام البيع بالتقسيط) ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً».

ويترتب على أن البيع الإيجاري يعتبر بيعاً محضاً وتسري عليه أحكام البيع بالتقسيط أن البائع لا يستفيد من الضمان الناشىء عن الاحتفاظ بالملكية، إلا إذا نص على ذلك صراحة، ولا من الحماية الجنائية في حالة التبديد.

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٩٧ ص ١٧٨.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي: «وقد حسم المشروع إشكالاً بإيراده هذا النص فقد جرت العادة أن البيع الذي يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً **إمعاناً من البائع في ضمان حقه**، إذ هو بذلك يستوفي الأقساط أجرة لا ثمناً، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا منه تبديداً. فأقر المشروع الأمور في نصابها، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر، فهذا العقد بيع لا إيجار ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع»(١).

وهذا النص مقتبس من المادة ٤٤٥ من التقنين المدني الألماني والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسي الإيطالي(٢).

وفي فرنسا هذه العقود لم تنظم تنظيماً تفصيلياً وما زالت تخضع للقواعد العامة. لذلك يعتبر البيع الإيجاري إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المستأجر ـ المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ويستطيع المؤجر ـ البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المستأجر ـ المشتري(٣).

ونحن نرى أن تنظيم التقنين المدني المصري للبيع الإيجاري وإعطائه حكم البيع بالتقسيط مصادرة على حرية المتعاقدين في تحقيق أهداف معينة تقصر عن تحقيقها الوسائل الأخرى. وكان الأحرى بالمشرع أن يأخذ طبيعة هذا العقد في الاعتبار، باعتباره إيجاراً وبيعاً، ويحاول أن يضع القواعد التي تتسق مع هذه الطبيعة وتتمشى مع ما يسعى إليه المتعاقدين من أهداف مع كفالة الحماية اللازمة لهم وللغير.

٢ ـ مدى الضمان الذي يحققه الإيجار المقترن بوعد بالبيع:

لم ينظم المشرع المصري، وكذلك المشرع الفرنسي، هذا العقد تنظيماً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٩ ـ ٥٠.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٤٩.

(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit. no 756 p. 244.

قانونياً تفصيلياً وإنما يخضع هذا العقد للقواعد العامة في كل من القانونين الفرنسي والمصري، مع الأخذ في الاعتبار التنظيم العرضي لهذا العقد بصدد حماية المقترضين في المجال العقاري في فرنسا على النحو الذي سيأتي بيانه.

في هذا الصدد نجد أن المتعاقدين يبرمان إيجاراً محضاً ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر إذا أبدى المسأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار. يتضمن هذا العقد ثمناً جديًا مستقلاً، للعين الموعود ببيعها، عن أقساط الأجرة وهذا الثمن يتناسب مع قيمة العين بالإضافة إلى عائد للمؤجر والمصروفات التي تكبدها في إبرام وتنفيذ العقد على النحو السابق بيانه.

وهنا نكون بصدد عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع لا عقد بيع بالتقسيط ويترتب على ذلك أن الملكية لا تنتقل إلى المستأجر ـ المشتري وإنما يبقى المؤجر ـ البائع محتفظاً بها. وعلى ذلك إذا تصرف المستأجر ـ المشتري في العين المؤجرة كان مبدداً كما أنه إذا أفلس المستأجر ـ المشتري استرد المؤجر ـ البائع العين المؤجرة من التفليسة.

فإذا أظهر المستأجر رغبته في شراء العين، انتهى عقد الإيجار وتم عقد بيع بنقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار، وزال التزام المستأجر ـ المشتري بدفع الأجرة وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، مع الأخذ في الاعتبار الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن، والمقدم المدفوع أو تعويض عدم التصرف وغير ذلك مما يدخل في ثمن العين، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع.

كما أنه إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار بقوة قاهرة فإن تبعة الهلاك تقع على المؤجر ـ البائع وينفسخ عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع ويجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيجب أن يرد المؤجر ـ البائع ما نقضاه من حساب الثمن من خلال دفع الأجرة ورد المقدم أو تعويض عدم التصرف وبصفة عامة كل ما تقضاه على اعتبار العقد بيعاً.

علاوة على ذلك يتحمل المؤجر ـ البائع الأعباء والتكاليف الضريبية المفروضة عليه باعتباره مالكاً للعين.

خاتمة:

في النهاية نستطيع أن نسجل أن الحياة العملية في مصر تعرف في الوقت الحاضر في مجال العقارات المبنية صوراً ممسوخة لهذين العقدين وذلك نتيجة للتحايل على القانون والالتجاء إلى تشكيل اتحادات صورية للملاك. ولذلك نرى أنه من الأفضل أن يتدخل المشرع المصري وينظم هذين العقدين تنظيماً مفصلاً ومستقلاً مراعياً فيه الطبيعة الخاصة لكل منهما وتحقيق الحماية اللازمة للأطراف والغير.

ثانياً ـ مسلك المشرع الفرنسي في تنظيم هذين العقدين:

عندما قام المشرع الفرنسي بتنظيم حماية للمقترضين من المستهلكين في المجال العقاري بقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد خصص الفصل الثالث لعقود البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع الواردة على عقارات مخصصة للسكنى.

ويستبعد من نطاق هذا القانون العقود الواردة على الأراضي والعقود التي يكون المستأجر فيها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، أو المستأجر الذي يعمل في نطاق نشاط مهني.

من حيث الالتزامات على عاتق البائع ـ المؤجر فقد نصت عليها المادة ٢٢ ـ ٢٩ من هذا القانون. وهذه الالتزامات تدور حول محاور ثلاثة:

١ ـ الإخطار المسبق للمستأجر.
٢ ـ الترابط بين العقود العقارية وعقود القروض.
٣ ـ تحديد الشروط الجزائية.

وعلى ذلك نجد أن المشرع قد كفل الحماية للمستأجر قبل توقيع العقد وبعد توقيعه.

١ ـ الحماية المقررة للمستأجر قبل توقيع العقد:

تقوم هذه الحماية على الإخطار المسبق للمستأجر، وتحديد مضمون العرض، وفرض المشرع الترابط بين العقود.

أ ـ **إخطار المستأجر**: هذا الإخطار يتضمن إعلاناً للمستأجر، كما يلزم أن يتضمن هذا الإعلان العرض المطروح على المستأجر.

(١) **الإعلان**: يجب أن يتضمن هذا الإعلان شخص المؤجر، وطبيعة محل العقد دون أن يكون هناك أي تحديد بالأرقام. أما إذا تضمن الإعلان أرقاماً معينة أصبح إعلاناً بعملية معينة ينبغي أن يذكر فيه «مدة الإيجار» وكذلك التكلفة السنوية والتكلفة الإجمالية للعملية. والمقصود بالتكلفة السنوية هنا تكلفة الأجرة وتوابعها في الإيجار وليس التكلفة السنوية للبيع. أما بالنسبة للتكلفة الإجمالية للعملية فإنها تتعلق بكل من الإيجار والبيع[١].

(٢) **العرض المسبق للعقد**: هذا العرض يجب أن يكون مكتوباً وأن يسلم أو أن يرسل مجاناً مقابل إيصال، **هذا من حيث الشكل**. **أما من حيث المدة**، يجب الإبقاء على العرض على الأقل مدة ثلاثين يوماً اعتباراً من استلام المستأجر وعلى المستأجر ألا يقبل العرض إلا بعد عشرة أيام من تاريخ استلامه. وهذا القبول يجب أن يكون مكتوباً أيضاً ويسلم أو يرسل مقابل إيصال.

ويحظر دفع أية مبالغ قبل قبول العرض. ويقصد بذلك الودائع أو الكمبيالات أو الشيكات أو أي ترخيص بالخصم من الحساب البنكي أو البريد لصالح المؤجر أو لحسابه. **ومن حيث مضمون العرض**: يجب أن يتضمن العرض على البيانات المشتركة في عقد البيع الإيجاري وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع. وبيانات خاصة بهذا العقد الأخير. بالنسبة **للبيانات المشتركة**، يجب أن يذكر شخصية الأطراف، وطبيعة ومحل العقد، وكذلك أوصافه، وبصفة خاصة ما يتعلق بتواريخ وشروط تسليم الشيء، والمبالغ الأولية المدفوعة ومبالغ الأجرة وكذلك كيفية تحديد الثمن بربطه بمؤشرات معينة. ويبدو من هذا العرض أنه ينبغي أن يلحق بالعرض مشروع بالعقد (أو بالعقود) المراد إبرامها. أما **بالنسبة للبيانات الخاصة** بالعرض في عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يجب أن تتضمن هذه البيانات، شروط إعلان الرغبة، وتكلفتها، وشروط تكلفة عدم تنفيذ العقد.

(١) P. Lancereau, op.cit, no 12, p. 25 et 26.

ب ـ الترابط بين العقود:

تنص المادة ٢٨ على أنه «في حالة الإيجار المقترن بوعد بالبيع، فإن إعلان الرغبة يتم معلقاً على شرط واقف، المنصوص عليه في المادة ١٧ ـ هذا الشرط الواقف هو الحصول على القرض أو القروض اللازمة لتمويل عملية اكتساب الملكية. كما تنص المادة ١٦ على أن «التصرف المكتوب، والمتضمن الوعد بالبيع من جانب واحد، والمقبول.... يجب أن يبين إذا كان الثمن المدفوع قد تم عن طريق قرض أو عدة قروض».

أما بالنسبة للبيع الإيجاري فإن الأمر يتعلق ببيع وبالتالي فإن الشرط الواقف الوارد في نص المادة ١٧ ينطبق عليه، تطبيق هذا الشرط لا يثير أدنى صعوبة بالنسبة للبيع الإيجاري حيث إنه يلحق بالعقد منذ البداية. على العكس من ذلك بالنسبة للإيجار المقترن بوعد بالبيع حيث إن عدم تحقق الشرط الواقف يؤدي إلى إزالة مركز قانوني موجود. ولذلك تنص المادة ٢/٢٨ على أنه «عند عدم تحقق الشرط، يكون المؤجر ملزماً برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشيء».

علاوة على ذلك فإن تبعية عكسية تنص عليها المادة ٩ من القانون حيث إن صحة القرض تتوقف على انعقاد عقد البيع الإيجاري وعلى إظهار الرغبة في الوعد بالبيع المسبوق بإيجار في خلال مدة ٤ أشهر.

٢ ـ الحماية المقررة للمستأجر بعد توقيع العقود وعند عدم تنفيذها:

نجد أن المادة ٢٧ والمادة ٢٩ من هذا القانون، وكذلك الفقرات الأخيرة من المادة ٢٤ والمادة ٢٥ تحدد الآثار المالية بالنسبة للمستأجر في حالة إخلاله المحتمل بالتزاماته.

لكن ما المقصود بإخلال المستأجر؟

في الواقع ربما يكون إخلاله بالتزامه كمستأجر أو إخلاله بالتزامه كمشتري أو بالاثنين معاً.

فإذا كان مخلاً بالتزاماته كمستأجر، فإنه سيكون كذلك، على وجه الاحتمال

باعتباره مشترياً. لكن العكس غير مؤكد، إذ يمكن أن يدفع الأجرة وباقي الأعباء يكون غير قادر على إتمام البيع أو إظهار الرغبة في الشراء.

ويبدو أن المادة ١/٢٧ تتعلق بإخلال المستأجر في خصوص عقد الإيجار هذه المادة تنص على أنه في «حالة إخلال المستأجر في تنفيذ أحد العقود الخاضعة لهذا الفصل، فإن المؤجر له الحق في أن يشترط علاوة على دفع الأجرة المستحقة والتي لم تدفع، تعويضاً، مع عدم الإخلال بتطبيق المادة ١١٥٢ مدني، لا يتجاوز مبلغاً معيناً يعتمد على المدة المتبقية من العقد ويحدد طبقاً لمعيار يبينه مرسوم».

وواضح هنا أن الأمر يتعلق بجزاءات عن عدم تنفيذ الإيجار وليس عن عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع.

هذه الجزاءات توجد في العمل في شكل عدم رد المقدم المدفوع طبقاً لعقد البيع أو الوعد بالبيع، أو تعويض عدم القابلية للتصرف، أو حتى عدم استرداد إلا جزءاً من الأجرة التي تقابل الوفاء الجزئي بالثمن.

والفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ تنص على أنه ينبغي أن يتضمن العرض شروط وتكلفة عدم تنفيذ البيع».

وواضح أن هذه المادة تسمح بأن يكون لعدم تنفيذ البيع تكلفة بالنسبة للمستأجر. وذلك بصفة خاصة في نطاق الوعد بالبيع. وسيكون من غير الطبيعي ألا يترتب على إخلال المستأجر بالبيع أي جزاء وهذا يعتبر وجهاً من وجوه القصور والتناقض لهذه النصوص[١].

أ ـ رد الجزء من الأجرة المقابل للوفاء بالثمن في حالة عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع:

هذا الرد نصت عليه المادة ٢/٢٧ بالنسبة للبيع الإيجاري بقولها أن «المؤجر لا يستطيع أن يشترط تسليم الشيء إلا بعد رد الجزء من المبالغ المدفوعة كمقابل لقيمة الشيء» ولم يرد نص خاص بالإيجار المقترن بوعد بالبيع، لكن يذهب الفقه

---

(١) انظر في تفصيل أكثر

P. Lancereau, op.cit, no 16 p. 27-28.

إلى مد هذا الحكم على هذا العقد على سبيل القياس[١].

ب ـ عدم استرداد المقدم أو تعويض عدم القابلية للتصرف في حالة عدم تنفيذ البيع :

يتم عقد البيع الإيجاري في صورة عقد بيع عرفي. هذا العقد يعتبر عقداً نهائياً بالنسبة لأطرافه، ويستطيع البائع متابعة تنفيذ العقد. وفي حالة امتناع المشتري عن إبرام العقد في شكله الرسمي يستطيع البائع أن يقاضيه. ولكن هذا يتم من الناحية النظرية، إذأن تخلف المشتري لا يرتب إلا جزاء يتمثل في دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض، ولذاك غالباً ما ينص على شرط جزائي في العقد العرفي ذاته.

وينص بصفة عامة في الوعد بالبيع على أن يدفع مقدم يمثل ٥ ـ ١٠ ٪ من الثمن الإجمالي، ويكون للبائع حق الاحتفاظ به في حالة عدم إظهار الرغبة من جانب المشتري خلال المدة المحددة.

الخلاصة :

إن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ صامت بصدد الجزاء الموقع على المستأجر المتقاعس عن تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع. أو بمعنى أدق لا يوجد هناك حد معين منصوص عليه فيما يتعلق بالتعويض المستحق في هذه الحالة.

لكن يمكن التأكيد على ما يلي :

١ ـ إن جزاء إخلال المستأجر بالوعد بالبيع معترف به من جانب القانون صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ حيث تنص على أنه ينبغي أن يحدد العرض «تكلفة عدم تنفيذ البيع، وضمناً في المادة ٢/٢٨ حيث إنها تنص على أنه «عندما يتخلف الشرط الواقف المتعلق بالتمويل، وبالتالي لم يظهر المشتري رغبته، فإن المؤجر يكون حينئذ ملزماً برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشيء».

---

(١) انظر في تفصيل أكثر

P. Lancereau, op.cit, no 17 p 28.

٢ ـ يمكن القول في نفس الإطار أنه بصدد رد المبالغ الزائدة عن الأجرة فإن المشتري الذي لا يقوم بمتابعة إتمام البيع العرفي لا يمكن أن يعامل بطريقة أفضل فيما يتعلق بالجزاءات من المشتري الذي لا يتم مجرد الوعد بالبيع.

ولذلك يمكن أن نسجل أسفنا على أن هذه النصوص غير محددة وما يترتب على ذلك من توقيع جزاء جنائي على مخالفة نص مدني غير محدد[١].

في النهاية قد نص المشرع في المبحث الثالث على جزاءات جنائية متنوعة لإخلال المؤجر ببعض التزاماته في المواد من ٣٠ إلى ٣٤[٢].

المبحث الثالث: بيع الوفاء

وهنا سنرى صورة أخرى لتوظيف الملكية كوسيلة للضمان: صورة نقل الملكية على سبيل الضمان.

ولدراسة بيع الوفاء يجب أولاً أن نعرض لفكرة بيع الوفاء للتعرف على آلية هذا النظام، ثم نعرض بعد ذلك لمدى ما يحققه بيع الوفاء من ضمان.

المطلب الأول: فكرة بيع الوفاء وجوهره

في هذا المطلب نبين أولاً ماهية بيع الوفاء وحكمه، ثم نقوم بتمييزه عن البيع المعلق على شرط فاسخ بصفة عامة، لما في ذلك من أهمية في البلدان التي حظرت هذا النوع من البيوع.

أولاً ـ ماهية بيع الوفاء وحكمه:

نود أن نقف هنا على المقصود ببيع الوفاء وبالتالي التعرف على أركانه وشروطه صحته وكيفية عمله، ثم بعد ذلك نبين حكم بيع الوفاء في القانون المصري.

---

(١) انظر في تفصيل أكثر P. Lancereau, op.cit, no 19 p. 29.

(٢) انظر في تفصيل أكثر P. Lancereau, op.cit, no 21 p. 29.

١ ـ المقصود ببيع الوفاء وكيفية عمله:

يمكن تعريف الوفاء بأنه «عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي والمصروفات خلال مدة معينة»[١].

وتنص المادة ٤٧٣ موجبات وعقود على أن «البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفائي هو الذي يلزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن» «ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفائي أشياء منقولة وغير منقولة».

وتنص المادة ٤٧٤ موجبات وعقود على أنه «لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع. وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أنزل إلى ثلاث سنوات»[٢].

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التي يعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي.

وعلى ضوء ذلك نجد أن أركان بيع الوفاء هي أركان أي بيع آخر، رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن، ولا يشترط التسليم. وهذا البيع هو بيع معلق على شرط فاسخ أن يرد البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها ـ وهي غالباً الثمن والمصروفات ـ في مدة معينة. فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً. (انظر المادة ٤٧٦ موجبات وعقود).

---

(١) هذه المدة كانت في التقنين المدني المصري السابق خمس سنوات والتقنين المختلط سنتان أما في التقنين المدني الفرنسي فهي خمس سنوات. انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٨٣ ص ١٠٨.

(٢) ولا سلطة للقاضي حيال هذه المدة فلا يستطيع أن يطيلها ولو لم يتمكن البائع من استعمالها لسبب خارج عن إردته (م ٤٧٥/ ١ موجبات وعقود).

وحتى يعتبر الشرط الفاسخ صحيحاً يجب توافر أمرين:

١ ـ أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفي، فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع فإن البيع ينعقد باتاً، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين[١].

٢ ـ ألا تزيد المدة التي يصح فيها الاسترداد على ثلاث سنوات في القانون اللبناني وخمس سنوات في التقنين المدني السابق والتقنين الفرنسي.

ويستعمل البائع حق الاسترداد بمجرد إظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات. فيتم الاسترداد بالارادة المنفردة من جانب البائع يعلن فيها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات (م ٤٧٧ موجبات وعقود). ويعتبر القضاء الفرنسي أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرطواقف، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات، فإن لم يردها اعتبر الاسترداد كإن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتاً ويأمن بذلك مزاحمة دائني البائع.

ويستعمل البائع أو ورثته عند وفاته حق الاسترداد على أنه لا يجوز لهم استعماله إلا مجتمعين (م ٤٧٨، ٤٧٩ موجبات وعقود) وتقام دعوى الاسترداد على المشتري أو ورثته مجتمعين بعد وفاته ما لم تكن العين المبيعة دخلت بعد توزيع التركة في نصيب أحد الورثة فترفع عليه الدعوى وحده (م ٤٨٠ موجبات وعقود) وعند إعسار البائع يكون حق الاسترداد للدائنين (م ٤٨١ موجبات وعقود).

ويجب على البائع عند استعماله حق الاسترداد أن يرد إلى المشتري الثمن الذي قبضه والمصاريف (م ٤٨٣ موجبات وعقود) ويجب على المشتري أن يرد المبيع وما زاد فيه منذ عقد البيع، والثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أودع فيه الثمن. وللمشتري أن يستعمل الحق في الحبس إذا لم يرد إليه ما يجب له (م ٤٨٣ موجبات وعقود).

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٨٠ ص ١٥٢.

ويكون المشتري، قبل إستعمال البائع حق الاسترداد، مسؤولاً عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذي يكون مسؤولاً عنهم، وكذلك عن التغييرات التي أدت إلى إحداث تبديل جوهري في المبيع مخالف لمصلحة البائع. أما ما يحدث نتيجة القوة القاهرة فلا مسؤولية عليه عنه (م ٤٨٤ موجبات وعقود).

وبالنسبة لعقود الإيجار التي يبرمها المشتري قبل استعمال البائع لحق الاسترداد فإنها تنفذ في حق البائع إذا توافر فيها شرطان: ١ ـ إذا أبرمت بدون غش. ٢ ـ إذا كانت مدة الإيجار لا تتجاوز المهلة المنصوص عليها للاسترداد وكان الإيجار ثابت التاريخ. (م ٤٨٥ موجبات وعقود) وإذا كان المبيع أرضاً زراعية واستعمل البائع حق الاسترداد أثناء السنة الزراعية، فإنه يحق للمشتري، طالما قد بدأ بالزراعة، أن يستمر منتفعاً بالأرض حتى انتهاء السنة الزراعية في مقابل أن يدفع ما يوجبه العرف عن هذه المدة (م ٤٨٦ موجبات وعقود).

٢ ـ بطلان بيع الوفاء في التقنين المدني المصري:

في التقنين المدني الحالي تنص المادة ٤٦٥ على أنه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلاً»[(١)].

ثانياً ـ تمييز بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ:

أهمية هذا التمييز ترجع إلى أن بيع الوفاء، وهو بيع معلق على شرط فاسخ، يعتبر باطلاً في التقنين المدني الحالي، لكن فيما عداه من بيوع أخرى معلقة على شرط فاسخ تعتبر صحيحة. لذلك وجبت التفرقة لتحديد منطقة بيع الوفاء حتى يختص وحده بالبطلان.

أول مؤشر للتفرقة بينهما هو مدى تعلق الشرط الفاسخ بإرادة البائع لأن شرط الوفاء شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن عن إرادته في الاسترداد. وعلى ذلك إذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع أو متعلقاً بها

(١) انظر في تبرير الأخذ بهذا الحكم السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٨٦ ص ١٦٣ وما بعدها.

وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. مثال ذلك أن يبيع موظف داراً له في الإسكندرية، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكناها. فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً، أ إذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وبإرادة الزوجة، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً[١].

ولكن قد يدق الأمر ويكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع، حيث إن هناك شرطاً من هذا القبيل، مع ذلك لا يعتبر شرطاً وفائياً ويبقى معه البيع صحيحاً. يكون الشرط كذلك إذا كان القصد منه التروي، مثال ذلك أن يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقي لنفسه فسحة من الوقت يتروى فيها، كالبيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط أما إذا كان البائع قد جعل لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه البيع.

ولا يعتبر بيع وفاء من الناحية الفنية البيع الذي يعقبه وعد من جانب المتصرف إليه بإعادة البيع[٢] أو الوعد بالبيع من جانب المالك والمقترن بوعد مقابل من جانب المستفيد بإعادة البيع، هذه العمليات تؤدي إلى نتيجة مشابهة تقريباً لبيع الوفاء ولكنها لا تخول أصحاب الشأن إلا حقوقاً أضعف بكثير مما يخوله بيع الوفاء حيث لا يكون لهم بمقتضى هذه التصرفات إلا حقوق شخصية[٣].

المطلب الثاني: مدى ما يحققه بيع الوفاء من ضمان

وسنعرض هنا لدور نقل الملكية على سبيل الضمان، ثم نبين بعد ذلك الجوانب السلبية لمثل هذه العملية.

---

(١) نفس المرجع فقرة ٨٨ ص ١٦٧.

(٢) Tr. com. seine, 8 déc. 1948, Gaz. Pal. 1945, I. 134, Rev. trim. dr. civ. 50-197, note J. Carbonnies.

(٣) Ph. Malaurie, L.Aynès, les surêtés, op.cit, no 752, p. 237 et 238.

أولاً ـ نقل الملكية على سبيل الضمان:

يعتبر بيع الوفاء في البلدان التي تجيزه وسيلة من وسائل الضمان. فالمقترض ينقل إلى المقرض ملكية مال يخصه (عقاراً أو منقولاً) على سبيل الضمان[1]. ففي الحقيقة الثمن المتفق عليه ليس إلا قرضاً إذا رد البائع ـ المقترض القرض ـ الثمن في تاريخ الاستحقاق يفسخ البيع، وإلا تظل الملكية باته للمتصرف إليه المقرض، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة البائع ـ المقترض.

والفائدة المباشرة لبيع الوفاء أن يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، وذلك لأن ملكية المال الذي يعادل ثمنه الائتمان الذي منحه للمدين قد انتقلت إليه وبالتالي لا يتعرض لمزاحمة دائني المدين.

ويمتاز بيع الوفاء عن كل من الرهن الرسمي والحيازي. فهو يمتاز على الرهن الحيازي بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري فإنه يهلك عليه دون البائع، أما إذا هلك الشيء المرهون في يد المرتهن فإنه يهلك على الراهن دون المرتهن، وذلك في حالة الهلاك الناشىء عن قوة قاهرة، كما أن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما الدائن المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء حق شخصي يضمنه جميع أموال الراهن. ويمتاز بيع الوفاء عن الرهن الرسمي بهاتين الميزتين بالإضافة إلى ما يمتاز به من أنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية، في الرهن الرسمي هذه الورقة شرط انعقاد، وبأنه يجوز في العقار والمنقول، بينما الرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار[2]. علاوة على أن بيع الوفاء يجنب المشتري طول وتعقيد الإجراءات التي يتعرض لها الدائن المرتهن عند مباشرة حقه في الأولوية أو التتبع.

ثانياً ـ الجوانب السلبية:

يتضح مما سبق أن بيع الوفاء يجرد البائع من ملكية الشيء وحيازته وما يترتب على ذلك من تبديد للقدرة الائتمانية للمدين. وذلك على خلاف الرهن الرسمي الذي لا يترتب عليه أي تجريد للراهن من الملكية أو الحيازة. وكذلك

(١) J.B. Heinrich. la vente à réméré d'obligation J.C.P.N. 1985. I. 279.

(٢) J.B. Heinrich, op.cit, p. 279.

الرهن الحيازي الذي لا يترتب عليه تجريد الراهن من ملكيته وإنما فقط من حيازة الشيء المرهون.

ولذلك اعتبر بلانيول بيع الوفاء كأسوأ نظام للائتمان مقدر له أن يختفي[1]. فبالنسبة للمقترض يتسم نظام بيع الوفاء بالجمود حيث إنه يستلزم أن يكون القرض مساوياً للثمن مما قد يثير صعوبات عندما تكون قيمة المال لا تقابل المال المدفوع مقدماً. بالنسبة للمقرض قد يقصد من وراء بيع الوفاء التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون عند عدم وفاء الراهن بالدين (م ١٠٥٢ مدني مصري، م ٢٠٧٨ مدني فرنسي) un pacte commissoire وذلك بأن يتخذ الدائن المرتهن سمة المشتري وفاء ويستطيع بذلك أن يتملك المبيع إذا لم يرد الراهن، وهو البائع وفاء عند الأجل ما اقترض وسماه ثمناً في بيع الوفاء[2] وبذلك ييسر بيع الوفاء للمتعاقدين وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التي تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.

ولذلك تقوم المحاكم بالكشف عن هذا التحايل بالاستعانة بعدة وسائل، كتفاهة الثمن المشترط بالمقارنة للقيمة الحقيقية للشيء، وواقعة إعادة تأجير هذا الشيء على الفور إلى المتصرف أو اعتياد نفس الشخص على البيع وفاء[3].

(١) Ripert et Boulanger, Traite de droit civil, d'après le traité de Planiol, t. III, no 1402.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٧٨ ص ١٤٩.

(٣) Com. 24 oct. 1956, Bull. III, no 257, Gaz. Pal. 57, I. 128.

القسم الثاني
آثار عقد البيع

البيع عقد ملزم للجانبين: فهو يرتب آثار في جانب كل من المتعاقدين. التزامات على البائع و التزامات مقابلة على المشتري.

ولتحديد نطاق هذه الالتزامات لا بد من الرجوع إلى القصد المشترك للمتعاقدين. وقد يحتاج تحديد هذا النطاق اللجوء إلى تفسير العقد على النحو السابق دراسة في القواعد العامة. كما أننا سنقتصر هنا على دراسة آثار البيع من حيث الموضوع، أي على الالتزامات التي يولدها.

ولندرس أولاً الالتزامات التي تقع على البائع، ثم نعقبها بدراسة الالتزامات التي تقع على المشتري.

الباب الأول
التزامات البائع

ـ تمهيد وتحديد:

يقع على البائع ثلاث التزامات: ١ ـ التزام بنقل الملكية. ٢ ـ والتزام بالتسليم. ٣ ـ والتزام بالضمان، سواء كان ضمان عدم التعرض أو الاستحقاق، أو ضمان العيوب الخفية ولنعرض لدراسة هذه الالتزامات بالتفصيل.

الفصل الأول: الالتزام بنقل الملكية

ـ طبيعة المبيع وأثره:

سبق أن رأينا أن البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر . . . ولذلك فإن المبيع قد يكون نقل حق ملكية شيء، وهذا الشيء قد يكون منقول أو عقار. والمنقول قد يكون معين بالنوع أو قد يكون معين بالذات. كما أن المبيع قد يكون حقاً عينياًآخر متفرعاً من حق الملكية، كحق انتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر، أو حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحوالة الحق. وأخيراً قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحق المؤلف، أو براءة الاختراع أو غير ذلك.

فطبيعة المبيع لها أثر واضح على القواعد المنظمة لنقل الملكية. ولذلك يلزم أن نفرق في هذا الصدد بين نقل الملكية في المنقول، ونقل الملكية في العقار ليتسنى لنا الوقوف على كيفية تنفيذ البائع لالتزامه.

المبحث الأول: نقل الملكية في المنقول

ـ الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع:

بالنسبة للشيء المعين بالذات تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد وبقوة القانون وبدون حاجة إلى أي إجراء شكلي آخر. والملكية تنتقل من البائع إلى المشتري استقلالاً عن تسليم الشيء، أي يصبح المشتري مالكاً سواء تسلم الشيء أو لم يتسلمه. أما الشيء المعين بالنوع فالملكية لا تنتقل فيه إلا بالإفراز. ولذلك يجب أن نتعرف على كل ذلك تفصيلاً فيما يلي:

المطلب الأول: الشيء المعين بذاته

ونعرض لقاعدة انتقال الملكية عندما يكون الشيء معيناً بالذات وشروطها، ثم نبين أن الملكية تنتقل في هذه الحالة استقلالاً عن التسليم. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً - قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد وشروطها:

إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن الملكية تنتقل، إذا توافرت شروط معينة، إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد (م ٢٠٤، ٩٣٢ مدني مصري مادة ٣٩٤ موجبات وعقود لبناني).

(١ - **ومقتضى هذه القاعدة** أن الملكية تنتقل في هذه الحالة بمجرد تمام العقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير دون حاجة إلى أي إجراء. فالالتزام بإعطاء شيء معين بالذات ينفذ بمجرد نشوئه إذا كان هذا الشيء منقولاً، سواء كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبين وقت التعاقد أيضاً أم مؤجلين إلى أجل لاحق. وعلى ذلك إذا علق تسليم المبيع على دفع الثمن، فلا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ما لم يتبين من إرادة الأطراف أن تعليق نقل الملكية ذاته معلق على الوفاء بالثمن.

وعلى ذلك إذا اشترى شخص مولد كهربائي مستعمل فإن ملكيته تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد التعاقد. مقتضى ذلك أن المشتري أصبح مالكاً لهذا المولد ويستطيع التصرف فيه حتى قبل أن يتسلمه من البائع، فإذا باعه إلى مشترٍ ثانٍ انتقلت ملكيته من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني، ولو كان المولد لا يزال باقياً في يد البائع الأول. وهذا الأثر يسري أيضاً بالنسبة للغير. فلو أن البائع الأول باع المولد مرة أخرى لمشترٍ آخر، فإنه يكون قد باع ما لا يملك لأن ملكية المولد انتقلت إلى المشتري الأول بالبيع الأول. لكن عمل هذه القاعدة رهين بتوافر عدة شروط، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ويترتب على انتقال الملكية كافة الآثار المترتبة على ذلك بصفة عامة، فعلاوة على حق المشتري في التصرف في الشيء المعين بالذات بكافة أنواع التصرف

(م ٣٩٥ موجبات وعقود لبناني)، فإن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه منذ تمام العقد (م ٢/٤٥٨ مدني مصري، م ٤١٧ موجبات وعقود). في مقابل ذلك يتحمل المشتري منذ إبرام العقد الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع، ونفقات حفظه وجني ثماره (م ٣٩٦ موجبات وعقود) وهذه كلها قواعد مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

في القانون اللبناني يترتب على انتقال الملكية انتقال تبعة الهلاك أيضاً سواء تم تسليم الشيء أو لم يسلم (م ٣٩٦ موجبات وعقود) وذلك خلافاً للقانون المصري الذي ربط تبعة الهلاك بالتسليم على نحو ما سنرى فيما بعد.

٢ - شروط هذه القاعدة:

ويشترط حتى تنتقل الملكية بمجرد التعاقد عدة شروط، وهي ما يلي:

أ - أن يكون الشيء معيناً بذاته، وهذا الشرط تفرضه ماهية الحق العيني ذاتها. فالحق العيني سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين! لذلك لا يتصور أن يكتسب المشتري بمجرد العقد حقاً عينياً ما دام محل الحق غير معين بالذات.

لذلك فإن بيع شيء مستقبل لا ينقل الملكية فور التعاقد لأن هذا الشيء غير معين بذاته بل قابلاً للتعيين فقط. وتنطبق نفس القاعدة حتى لو كان الشيء المستقبل قيمياً بحيث يتعين عند وجوده بالذات، فلو باع شخص لآخر نتاج ماشية معينة قبل أن يولد فلا تنتقل الملكية إلا بعد ولادته حيث يصبح معيناً بالذات وبالتالي يمكن أن تنتقل ملكيته، ويصدق الأمر كذلك بالنسبة لبيع المحاصيل قبل جنيها، حيث تنتقل ملكيتها وقت الحصاد أو الجني لا وقت العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للأشياء تحت التصنيع على النحو السابق بيانه.

ب - أن يكون البائع مالكاً للشيء المبيع: وقد كان المشرع المصري واضحاً في هذا الصدد حيث تنص المادة ٢٠٤ مدني على أنه «. . . إذا كان محل الالتزام معيناً بالذات يملكه الملتزم. . .» وكذلك المادة ٩٣٢ مدني حيث تؤكد ذلك بقولها «. . . متى ورد على محل مملوك للمتصرف. . .».

جـ - ألا يكون تم الاتفاق على تأخير نقل الملكية: فقاعدة انتقال ملكية الشيء

المعين بالذات بمجرد التعاقد قاعدة مكملة يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها. وبناء عليه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على تأخير نقل ملكية الشيء المعين بالذات إلى وقت لاحق لإبرام العقد. ولذلك يجوز إضافة الالتزام بنقل الحق إلى أجل كما لو بيعت سيارة واتفق على ألا تنتقل ملكيتها إلا بعد شهر.

- تطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد على البيع الجزاف - إحالة:

سبق أن رأينا أنه بالرغم من أن المبيع جزافاً مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، إلا أنه لا يحتاج إلى تقدير لذلك يعتبر معيناً بالذات، حتى لو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقديره. فانتقال الملكية في بيع الجزاف يتم بمجرد التعاقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير. كما هو الحال بالنسبة للشيء المعين بالذات.

ثانياً - انتقال ملكية المنقول المعين بالذات استقلالاً عن تسليم:

عند توافر الشروط السابقة فإن انتقال ملكية المنقول المعين بالذات يتم بمجرد التعاقد سواء دفع الثمن أو لم يدفع وسواء تم تسليم الشيء للمشتري أو لم يتم. وهذا الأثر يترتب سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

وبالرغم من استقلال انتقال ملكية المنقول المعين بالذات عن تسليمه إلا أن تأخير التسليم قد يرتب آثار قانونية غير مرغوب فيها بالنسبة للمشتري. وهذا يحدث عندما لم يكن المشتري قد تسلم الشيء من البائع فيقوم هذا الأخير ببيعه مرة أخرى إلى شخص آخر حسن النية، أي يجهل سبق بيعه، ويسلمه هذا الشيء. في هذه الحالة يتملك المشتري الثاني الشيء بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (م ٩٧٦ مدني) لا بمقتضى العقد لأن هذا العقد ورد على منقول غير مملوك للبائع. فهذا العقد ليس إلا السبب الصحيح المضاف إلى حسن نية المشتري الثاني واللذين سمحا بالتملك بالحيازة. ولذلك فإن الملكية، في هذه الحالة، انتقلت من المشتري الأول، لا من البائع، إلى المشتري الثاني بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول.

كما أن التسليم أو عدم التسليم له تأثير على تبعة الهلاك. فإذا لم يكن المنقول المعين بالذات قد تم تسليمه فإن تبعة هلاكه بقوة قاهرة تقع على البائع لأنه

المدين بالتسليم بالرغم من انتقال ملكيته إلى المشتري كما سنرى ذلك فيما بعد.

في القانون اللبناني: تبعة الهلاك مرتبطة بالملكية لا بالتسليم وبناء عليه إذا هلك المنقول المعين بالذات في يد البائع بقوة قاهرة يهلك على المشتري باعتباره المالك للشيء.

المطلب الثاني: الشيء المعين بنوعه

وهنا سنعرض لقاعدة ارتباط انتقال الملكية بالإفراز، ثم نقف على جزاء امتناع البائع عن الإفراز.

أولاً ـ ارتباط انتقال الملكية بالإفراز:

وسنعرض هنا للقاعدة العامة بصدد الأشياء المعينة بنوعها وسنعرض لحالة نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري.

١ ـ القاعدة: ارتباط انتقال الملكية بالإفراز:

هذه القاعدة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بماهية الحق العيني بصفة عامة. فلكي يترتب على البيع انتقال الملكية من البائع إلى المشتري فإنه يجب أن يتعين هذا الشيء ويتحدد، لأنه إذا لم يعرف على وجه التحديد ما هو الشيء الذي ينبغي أن تنتقل ملكيته، فإن انتقال الملكية لا يتحقق. هذا لا يقدح في صحة البيع الوارد على شيء معين بنوعه، إذ إن هذا العقد يقوم صحيحاً ولكنه لا يترتب عليه نقل الملكية بمجرد العقد، فهذا العقد ينشىء على البائع التزاماً بنقل الملكية ويكون المشتري في المقابل صاحب حق شخصي، بنقل الملكية وليس مالكاً، ولا يصير كذلك إلا إذا تم إفراز المبيع، وولهذا يقع على عاتق البائع التزام باتخاذ ما يلزم للإفراز حتى تنتقل الملكية إلى المشتري.

ويقصد بالإفراز تحديد الشيء المبيع بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي من نوعه، فهو عملية يترتب عليها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معيناً بنوعه[1]. ويختلف الإفراز بحسب طبيعة المبيع، فقد يتم عن طريق الوزن أو الكيل أو القياس

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٢ ص ١٠٠.

أو العد، وقد يتم بتغليف أو تعبئة المبيع أو وضع علامات المشتري على المبيع أو غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تعيين الشيء بذاته. وإذا تم ذلك فإن الملكية تنتقل إلى المشتري ولو لم يحصل تسليم المبيع.

والمألوف في التعامل أن يتم الإفراز في الوقت الذي يجب أن يتم فيه التسليم وفي مكانه، هذا ما لم يتفق على خلاف ذلك. وعادة أيضاً ما يتم الإفراز بحضور كل من البائع والمشتري أو من يمثله، فإن لم يتسنَ ذلك وجب إحاطة المشتري علماً به.

ويترتب على ارتباط انتقال الملكية بالإفراز في الشيء المعين بالنوع أن المشتري يبقى صاحب حق شخصي في نقل الملكية إلى أن يتم الإفراز إذ به وحده يصبح مالكاً. ولذلك إذا أفلس البائع قبل هذا الإفراز اعتبر المشتري دائناً عادياً يخضع لقسمة الغرماء. وعلى العكس من ذلك تماماً إذا ما حدث الإفلاس بعد الإفراز، حتى ولو لم يتسلم المشتري المبيع، فإن لهذا الأخير حق استرداد المبيع باعتباره مالكاً له وبالتالي لا يخضع لمزاحمة باقي دائني البائع المفلس. وهذه قاعدة عامة تنطبق في كل الحالات التي تكون الملكية قد انتقلت فيها إلى المشتري.

ويترتب على الإفراز انتقال الملكية إلى المشتري، سواء تسلم المبيع أو لم يتسلمه. وبالنسبة لتبعة الهلاك مرتبطة في القانون المصري بالتسليم أما في القانون اللبناني مرتبطة بالملكية ولذلك فإن هذه التبعة تنتقل إلى المشتري بانتقال الملكية، أي بمجرد الإفراز (م ٣٩٧ موجبات وعقود وانظر أيضاً مادة ٣٩٠ من نفس القانون).

٢ - انتقال الملكية في حالة المبيع الواجب التصدير للمشتري:

تنص المادة ٩٤ من التقنين التجاري على أن «البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها مالم يوجد شرط بخلاف ذلك».

وحكم هذا النص الذي يجعل الهلاك على المالك يخالف القواعد العامة في القانون المدني والتي تجعل الهلاك على البائع إلى أن يتم التسليم، سواء كان مالكاً أو غير مالك. وتظهر هذه المفارقة بالذات عندما يتم الإفراز قبل التسليم.

وأصبح من المحتم لتحديد من يتحمل تبعة الهلاك طبقاً لهذا النص أن نعين مالك البضائع أثناء الطريق.

وحيث أن البضائع أشياء معينة بالنوع، فإن ملكيتها لا تنتقل إلا بالإفراز، وأن هذا الإفراز يتم عادة عند التسليم. لذلك يجب أن تحدد مكان التسليم لمعرفة وقت انتقال الملكية.

الفيصل في تحديد مكان التسليم، وبالتالي تحديد من المالك للبضائع، هو اتفاق المتعاقدين. هذا الاتفاق لا يخرج عن أحد أمرين:

أولاً - أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم في محل البائع أو عند الشحن وهو ما يقع عادة في صور النقل الآتية:

(١) النقل البري عند اشتراط التسليم في محطة الشحن (franco gare départ).

(٢) النقل البحري عند اشتراط تسليم السفينة (free on bord, FOB, franco bord).

وفي هذه الحالات تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن وتكون مصروفات النقل عليه، لذلك يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التي يعينها المشتري، ويتكفل المشتري بدفع الناولون والتأمين.

أما إذا وكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين على البضائع توفيراً لأجر الوسيط، فإن الثمن في هذه الحالة يتضمن المصاريف والناولون والتأمين ويسمى بالبيع CIF (cost-insurance - freight) بالفرنسية يسمى CAF (coût-assurance- frêt) وفي هذه الحالة البائع موكول إليه اختيار السفينة لذلك لا يمكن أن يتحقق فرز للمبيع بالنسبة للمشتري إلا إذا أرسل البائع إليه البيانات الدالة على ذلك، كاسم السفينة والعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع وغير ذلك.

ثانياً: قد يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم في مكان التفريغ، وهذا يقع عندما يشترط التسليم ميناء الوصول (vente sur embarquement) في هذه الحالة تبقى البضائع ملكاً للبائع، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق، وعليه مصروفات النقل، ولا

أ - يتعين المبيع ولا تنتقل الملكية إلى المشتري وبالتالي تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى مكان التفريغ أو التوريد.

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم وجب الأخذ بحكم المادة ٤٣٦ مدني والتي تنص على أنه «إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وهذا يعني أن الأصل هو أن يكون التسليم في مكان التفريغ أو التوريد ما لم يتفق على خلافه، بناء عليه فإن الهلاك أثناء الطريق يكون على البائع لا على المشتري، كل هذا مع مراعاة ما يقضي به عرف التجارة[1].

والأحكام السابقة خاصة بالأشياء المعينة بالنوع، بضائع، أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، انتقلت ملكيته من وقت العقد، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على المالك (المشتري) وذلك طبقاً لأحكام القانون المدني[2].

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٩٩ موجبات وعقد على أن «يتحمل البائع مخاطر المبيع مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري، ما لم يكن هناك نص مخالف».

وتنص المادة ٤٠٦ موجبات وعقود على أنه «إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى مكان آخر، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى ممثله».

في هذا الصدد يجب أن نميز فيما إذا كان الأمر يتعلق ببضائع أو بشيء معين بالذات.

الفرض الأول: إذا كان المبيع بضائع يجب تصديرها إلى المشتري.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢، أنور سلطان، فقرة ١٦١ ص ١٨٠، ١٨١ وخاصة هامش ١.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢.

الفيصل في تحديد من يتحمل المخاطر مدة سفر البضائع هو اتفاق الطرفين، فإذا اتفق على ذلك وجب الأخذ به. لكن إذا لم يتفق الطرفان على ذلك فإن الحكم الوارد في المادة ٣٩٩ موجبات وعقود يكون هو واجب التطبيق وهو أن المخاطر مدة سفر البضائع يتحملها البائع إلى أن يتسلمها المشتري لكن السؤال هنا هل هذا تطبيق للقواعد العامة في تحمل التبعة في القانون اللبناني أم يعتبر خروجاً عليها؟؟

المعيار في ذلك هو تحديد وقت انتقال الملكية لمعرفة فيما إذا كان تحمل التبعة على المالك طبقاً للقواعد العامة أم لا. والبضائع هنا شيء معين بالنوع لا تنتقل الملكية فيها إلى المشتري إلا بالإفراز. والإفراز لا يتم إلا وقت التسليم، وهو يكون ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو من يمثله. في هذه الحالة يعتبر البائع مالك إلى أن يتم التسليم وبالتالي تكون عليه المخاطر طبقاً للقواعد العامة.

لكن هناك احتمال قائم وهو أن يتم الإفراز قبل سفر المبيع أو على الأقل وقت التسليم إلى الناقل. وبالتالي انتقال الملكية إلى المشتري قبل التسليم فهل معنى ذلك هو الذي يتحمل المخاطر أثناء السفر؟ بالرجوع إلى حكم المادة ٣٩٩ موجبات وعقود تجدها تجعل تحمل المخاطر أثناء السفر على البائع وإلى أن يتسلم المشتري البضائع. وهنا نجد أن المشرع قد خرج على القواعد العامة وجعل أن التبعة لا تنتقل إلا بالتسليم بقطع النظر عن انتقال الملكية كل هذا ما لم يوجد نص مخالف.

الفرض الثاني: إذا كان المنقول معين بالذات، ولم يتفق بشأن تحمل مخاطر المبيع أثناء سفره، فماذا يكون الحكم؟

نحن نعلم أن القاعدة بصدد الشيء المعين بالذات أن الملكية والتبعة تنتقل بمجرد التعاقد، وطبقاً لهذه القاعدة نجد أن الملكية والتبعة تنتقل إلى المشتري من وقت إبرام العقد. لكن نص المادة ٣٩٩ موجبات وعقود، وهو لا يفرق بين ما إذا كان الشيء معيناً بالذات أم بالنوع، قد جعل تحمل مخاطر المبيع على البائع إلى أن يتم التسليم! ففي هذه الحالة نجد أن الملكية تنتقل إلى المشتري من وقت إبرام العقد أما المخاطر فإنها تبقى على البائع إلى أن يتم تسليم المبيع وبذلك يكون خرج عن القواعد العامة والتي تربط بين تحمل التبعة والملكية وفي هذا يتفق حكم

القانون اللبناني مع حكم القانون المصري[1].

- وفي البيوع الدولية للبضائع نجد أن اتفاقية فينا حتى ١١ ابريل ١٩٨٠ قد ربطت تحمل التبعة بالتسليم إلى المشتري. بمعنى أن البائع يتحمل التبعة أثناء نقل البضائع وإلى أن يتم التسليم إلى المشتري (م ٦٧/١ من الاتفاقية) لكن يشترط لانتقال التبعة إلى المشتري أن يكون هذا الأخير تأكد بوضوح من مطابقة البضائع لما هو متفق عليه بأية وسيلة، كوضع علامة مميزة على البضائع، بواسطة مستندات النقل، أو بإعلان المشتري (م ٦٧/٢ من الاتفاقية).

المبحث الثاني: نقل الملكية في العقار

- لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل:

إذا كان المبيع عقاراً فإن الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، لا تنتقل إلا بالتسجيل[2] وهذا ما أكده المشرع صراحة في المادة ٢٠٤ مدني مصري والتي تنص على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

وقد أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى بنصها على أن «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية: ومن هذه النصوص نص المادة ٩٣٤ مدني التي تنص على أن «١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري» «٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر».

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١١٥ ص ٢٢٤.

(٢) نقض ٢٨/٣/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٣٩٨، ٢١/١/١٩٦٥، س ١٦ ص ٧٣، ١٩/٢/١٩٨٧ الطعن رقم ٤٥٦ س ٣ د ق.

في القانون اللبناني: تنص المادة ١٠ من القرار رقم ١٨٨ في ١٥ آذار ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري على أن «كل اتفاق بين فريقين، سواء أكان مجاناً أم ببدل، وكل حكم مكتسب قوة القضية المحكمة، وبصورة عمومية، كل حدث يرمي إلى إنشاء حق عيني أو نقل ذلك الحق أو إعلانه أو تعديله، أو إسقاطه، يجب أن يعلن عنه بقيده في دفتر الملكية».

وتنص المادة ١١ من نفس هذا القرار على «أن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة، حتى بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم».

وتنص المادة ٤٨ موجبات وعقود على أنه «إذا كان موضوع موجب الأداء إنشاء حق عيني غير منقول، كان لصاحبه حق التسجيل في السجل العقاري».

وتنص المادة ٢٢٨ ملكية عقارية على أن «يكتسب حق القيد في السجل العقاري بالطرق الآتية: «٦ ـ بمفعول العقود».

ويتضح من كل هذه النصوص أن جميع العقود الناقلة للملكية بعوض أو بدون عوض يخضع للتسجيل طالما أن محلها عقار وعقد البيع من أهم العقود الناقلة للملكية وأكثرها انتشاراً وبالتالي يلزم أن يخضع للتسجيل.

ولما كان التسجيل يتنازعه نظام الشهر العقاري (وهي شخصي) ونظام السجل العقاري (وهو عيني) لذلك فإنه يلزم إعطاء فكرة موجزة عن النظامين وخاصة وأن كل من النظامين مطبقان في كل من مصر ولبنان في الوقت الحاضر، ثم نتكلم عن التزام البائع بنقل الملكية وأثره، وأخيراً نعرض لأثر التسجيل.

المطلب الأول: انتقال الملكية بالتسجيل

وهنا سنجد أن البيع يخضع إما للشهر العقاري أو السجل العقاري أو العيني ولذلك سنلقي نظرة سريعة على كل من النظامين، ثم نبين أن كل من النظامين مطبق في الوقت الحاضر لذلك يجب أن نعرف نطاق كل منهما.

أولاً ـ تسجيل البيع بين الشهر العقاري والسجل العقاري:

ولنعرض باختصار لكل من النظامين في الفقرات التالية حتى نستطيع أن نقارن بينهما.

١ ـ نظام الشهر العقاري:

وهو نظام شهر شخصي إذ يتم التسجيل فيه أو القيد وفقاً لأسماء الأشخاص لا وفقاً للعقار. ولذلك فإن سجلات الشهر العقاري لا تكشف إلا عن الشخص الذي تصرف في العقار دون الكشف عن المركز الحقيقي لهذا العقار. ولنبين ذلك نضرب مثلاً فإذا تصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل هذا التصرف باسمه، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك، وعلى ذلك فإن هذه التصرفات لا تظهر على العقار ذاته وإنما توجد في موضعين متباعدين تحت إسمين مختلفين بما يؤدي إلى عدم بيان المركز الحقيقي لهذا العقار بالنسبة للمتعاملين بشأنه. تطبيقاً لذلك إذا تعامل شخص مع المشتري من المالك الحقيقي سيجد أن التصرف الصادر للمشتري من هذا المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير. فيكون التعامل سليماً. وبالمثل إذا تعامل شخص مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم بذلك، سيجد أيضاً التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير، فيكون التعامل معيباً بطبيعة الحال. وتكون النتيجة أن هذا النظام لا يحقق الغرض الذي وضع من أجله.

كما أن حجية هذا النظام غير قطعية الثبوت ويرجع ذلك إلى أن التسجيل طبقاً لهذا النظام لا يستلزم التحري عن صحة التصرفات التي يتم شهرها بحالتها، فإن كانت صحيحة بقيت كذلك، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت كذلك. فالشهر طبقاً لهذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً، ولا يصحح عقداً باطلاً. لكل وظيفته هو تحقيق العلانية للتصرفات التي أجريت كما هي.

هذا النظام هو السائد في القوانين اللاتينية، كفرنسا، وبلجيكا، وإيطاليا وغيرها. وهذا النظام معمولاً به في مصر ولبنان[1] بالنسبة للعقارات غير

(١) انظر المرسوم الاشتراعي رقم ١٢ بتاريخ ٢٨ شباط ١٩٣٠ وانظر في ذلك عفيف =

الممسوحة إلى جانب السجل العقاري المعمول به بالنسبة للعقارات الممسوحة. مع ملاحظة أن قانون الشهر العقاري المطبق في مصر حالياً قد يخفف من بعض عيوب هذا النظام[1].

٢ ـ نظام السجل العقاري أو العيني:

وهو يرتكز على أن يكون شهر التصرفات وفقاً للعقار ذاته لا وفقاً لأسماء الأشخاص. فيخصص في السجل العقاري صفحة لكل عقار يظهر فيها كل ما يتعلق بالعقار من التصرفات وما يثقله من حقوق مما يسمح بالوقوف على المركز الحقيقي للعقار. فيكفي لأي شخص يريد التعامل في العقار أن يرجع إلى الصفحة الخاصة به ليعرف بدقة المركز الحقيقي للعقار مما يوحي بالثقة والاطمئنان لدى المتعاملين في خصوص هذا العقار.

يترتب على دقة التسجيل، وعلى التحري عن صحة التصرفات التي تشهر في صفحة العقار وعن كل ما يتعلق بموضوعها وأشخاصها أن يكون لهذا التسجيل حجية قطعية وكاملة في الثبوت. ويكون الأثر المترتب على هذا التسجيل هو انتقال الحق العيني لا مجرد الشهر والعلانية وبالتالي يضفي هذا التسجيل على التصرفات المعينة عنصر الصحة والسلامة.

في المقابل يكون لمن يتضرر من هذه الحجية المطلقة للتسجيل من أصحاب الحقوق الثابتة أن يطالب بالتعويض. بالرغم من كل هذه المزايا الواضحة للسجل العقاري إلا أنه يستلزم جهود بالغة ونفقات باهظة لمسح جميع العقارات والأراضي التي تخضع له. كما يستلزم أيضاً تحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل هذه العقارات تمهيداً لإدخالها في السجل العقاري. والعقبة الكؤود في كل ذلك هي تشرذم الملكيات وتفتتها مما يجعل عملية المسح وتحقيق الحقوق العينية أمور بالغة الصعوبة.

وهذا النظام قد أخذ به في مصر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخاص

= شمس الدين، أسباب اكتساب الملكية العقارية ١٩٩٥ ص ٣٧ وما بعدها.

(١) انظر السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧، فقرة ٢٦٢ ص ٤٦٠ وما بعدها.

بإنشاء السجل العيني وبدأ بالفعل في تطبيقه في بعض المحافظات وفي بعض المناطق. كما أن هذا النظام مأخوذ به في لبنان منذ زمن طويل بمقتضى القرار رقم ١٨٨ بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري.

ثانياً ـ تعاصر النظامين:

بالنظر إلى ما يتطلبه السجل العقاري من مسح جميع الأراضي، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها قد أدى ذلك إلى تأخر تطبيق السجل العيني في مصر ولم يصدر القانون الخاص به إلا في عام ١٩٦٤ وقد بدء بالفعل بتطبيقه بالتدريج في بعض المحافظات وفي بعض المناطق فيها منذ زمن ليس ببعيد. وبالمثل نجد أن في لبنان ما زال هناك الأرض غير ممسوحة لا تخضع إلى الآن للسجل العقاري. ولنعرض بإيجاز لذلك.

١ ـ في مصر:

وقد مر نظام الشهر في مصر بعدة مراحل، **المرحلة الأولى** قبل صدور التقنين المدني القديم ـ التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ ـ لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية[١] **في المرحلة الثانية**، وهي مرحلة الإصلاح القضائي، عند صدور التقنينات السابقة أدخل المشرع المصري نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسي الذي كان أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ وهو نظام شهر شخصي فيه العيوب السابق بيانها[٢] **المرحلة الثالثة**: أظهر التطبيق عدم صلاحية نظام الشهر الذي كان قائماً ودعت الحاجة إلى إصدار قانون خاص بالتسجيل في ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٣، وهما قانونان يشتملان على نصوص واحدة، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسري على المحاكم الوطنية، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ ويسري على المحاكم المختلطة وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير ١٩٢٤ أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٥٢ ص ٤٤٠.
(٢) نفس المرجع فقرة ٢٥٤ ص ٤٤٢.

التقنين المدني السابق[1]. **المرحلة الرابعة**: صدر قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ وذلك ليعالج العيوب التي تركها قانون التسجيل دون علاج في نظام الشهر[2] وقد أدخل هذا القانون عدة إصلاحات هامة من حيث توحيد جهات الشهر، وضم نظام التسجيل ونظام القيد في صعيد واحد، وفرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات وغير ذلك من إصلاحات هامة[3]. وبالرغم من كل هذا احتفظ هذا النظام بالعيبين الجوهريين لنظام الشهر الشخصي، فما زال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته[4].

المرحلة الخامسة: لمعالجة هذه العيوب الجوهرية صدر قانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخاص بالسجل العيني، وقد تعثر تطبيقه كثيراً لما يستلزمه من مسح للأراضي وتحقيق للحقوق العينية المتعلقة بهذه الأراضي وما يتطلبه ذلك من جهود بالغة ونفقات باهظة علاوة على تشرذم الملكية الزراعية في مصر إلى ملكيات متناهية في الصغر خاصة بعد قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة في مصر ١٩٥٢ بالإضافة إلى تطبيق قواعد الميراث. ومع ذلك بدأت الحكومة في السنوات الأخيرة اتخاذ خطوات جادة في تطبيق هذا النظام. وبالفعل قد تم تطبيقه في بعض المحافظات وفي بعض المناطق فيها، على أساس أن يتم التطبيق بالتدريج إلى أن يغطي جميع أراضي الجمهورية.

الخلاصة: أصبح في مصر بصدد تسجيل عقد البيع نظامان، نظام الشهر الشخصي، وما زال هو الأصل، والصادر بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ونظام السجل العيني، في المناطق التي تم تطبيقه فيها، طبقاً للقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.

٢ ـ في لبنان:

ـ تمحض التطور في لبنان إلى إدخال نظام السجل العقاري بالقرارات رقم

---

(١) نفس المرجع فقرة ٢٥٨ ص ٤٥٠.

(٢) نفس المرجع فقرة ٢٦٢ ص ٤٦٠.

(٣) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٦٤ ص ٤٧٠ وما بعدها.

(٤) نفس المرجع فقرة ٢٦٥ ص ٤٧٣.

١٨٦، ١٨٨، ١٨٩ الصادرة عن المفوض السامي في ١٥ آذار ١٩٢٦ والتي عدلت فيما بعد بموجب القرارات رقم ٤٤، ٤٥، ٤٦ الصادرة في ٢٠ نيسان ١٩٣٢ والتي تم إكمالها بقانون الملكية العقارية الصادر بموجب القرار رقم ٣٣٣٩ بتاريخ ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ وقد طبق نظام السجل العقاري على الأراضي الممسوحة في لبنان. وتتمتع من حيث الترتيب والحجية بخصائص السجل العقاري السابق بيانها.

- لكن بالنسبة للأراضي غير الممسوحة وغير المحررة فقد أصدر المشرع المرسوم الاشتراعي رقم ١٢ بتاريخ ٢٨ شباط ١٩٣٠ والخاص بتنظيم مكاتب الطابو ومكاتب التسجيل. وهذا النظام يعتمد نظام الشهر الشخصي والغرض منه هو تحقيق العلانية والشهر ولا يترتب عليه ثبوت الحق لذوي العلاقة بصفة نهائية. كما أنه يفرق بين الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها ويتطلب إجراء التسجيل Transcription بالنسبة لها، والحقوق العينية التبعية، كالتأمين والرهن، ويستوجب بصددها إجراء القيد inscription. كما أن هذا النظام يفرق بين التصرفات الناقلة والتصرفات الكاشفة من حيث أثر التسجيل، فالأولى لا يترتب عليها أثر عيني فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، أما الثانية فإن ترتب الأثر العيني فيما بين المتعاقدين ولكن لا يحتج بها في مواجهة الغير إلا بالتسجيل[1] ونكتفي هنا بهذا القدر، وسوف نعرض لأثر تسجيل عقد البيع في كل من النظامين فيما بعد.

ثالثاً - آثار البيع غير المسجل:

- البيع غير المسجل لا ينقل بالملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير. ويترتب على ذلك:

● أن الملكية تبقى على ذمة البائع وتنتقل من بعده إلى ورثته. ولكن الوارث لا يستطيع التعرض للمشتري من مورثه أو يتمسك ضده بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث[2]. وبناء على ذلك لا يعتبر المشتري مالكاً للعقار المبيع قبل

---

(١) انظر عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية، بيروت ١٩٩٥ ص ٣٨.

(٢) نقض ٢٣/١/١٩٤١ الطعن رقم ٤٤ سنة ١٠ ق، ويستطيع الوارث التصرف في العقار. نقض ١/١١/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٦٠٥، ٢٨/٦/١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٥٣٢. =

التسجيل. ولذلك إذا توفي المشتري قبل التسجل فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته وإن كان لهم مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليهم.

● ويترتب على ما سبق نتيجة في غاية الأهمية وهو أن العقار المبيع يبقى ضمن الضمان العام للبائع وبالتالي يستطيع دائنو البائع التنفيذ عليه إذا سجلوا تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد[1] أو قبل تسجيل المشتري لعقده بصفة عامة. كما أن البائع يتحمل مخاطر التأميم والاستيلاء إذ ما زال مالكاً للعقار الذي لم يسجل؛ كما أن التسليم لا يغني عن التسجيل في نقل الملكية[2].

● إن المشتري بعقد غير مسجل وإن كان يستطيع أن يبيع العقار الذي اشتراه إلا أنه لا يستطيع أن ينقل ملكيته لأن الملكية لم تنتقل إليه من البائع. وإذا تمكن المشتري من تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهرة فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكاً[3].

● لا يحق للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يطالب بالشفعة لأنه ليس مالكاً للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة، أي وقت بيع العقار الذي يشفع فيه.

ب ـ البيع غير المسجل ينشىء حقوق والتزامات شخصية في جانب كل من من المتعاقدين، فيلزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع إلى المشتري ويجوز إجباره على تنفيذ هذه الالتزامات. كما أن البائع عليه التزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ويلزم المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع. علاوة على ذلك يرتب البيع غير المسجل آثاراً بوصفه بيعاً، وأهم هذه الآثار ما يلي:

---

(١) نقض ٣٠/٤/١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٧٨٤، ١٦/٣/١٩٧٧ س ٢٨ ص ٦٨١، نقض ١١/١/١٩٧٩ س ٣ ص ١٩٩ ع ١، ٢٧/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٣٤٩.

(٢) نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٥٦٥، ١٦/٢/١٩٧١ س ٢٢ ص ١٨٨.

(٣) نقض ٢٨/١٠/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٣٥٤، نقض ١٥/٦/١٩٨٦ الطعن رقم ١٥٠٣ سنة ٥٢ ق سعيد شعلة ص ١٣١.



١ - البيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة. فحق الشفعة ينشأ عن عقد البيع الابتدائي بمجرد تمامه لكل من قام به سبب من أسبابها. فإذا اشترى شخص عقاراً من شخص آخر ولم يسجل المشتري البيع فإن الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل ولكن بشرط أن يكون الشفيع مالكاً للعقار الذي يشفع به[1].

٢ - ويحق لمشتري العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقاً لإجراءات الحوالة. وهذا لا ينفي حقه أيضاً في أن يتصرف في العقار إلى مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلاً بذاته عن عقد شرائه، يلتزم فيه قبول المشتري بكافة التزامات البائع التي يرتبها عقد البيع[2] ويجوز لمشتري العقار بعقد غير مسجل أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار ومنها الأجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها[3].

٣ - للمشتري الحق في استغلال العقار بعقد غير مسجل والانتفاع بثماره من وقت تمام البيع وعليه أيضاً تكاليف المبيع من هذا الوقت ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك (م ٤٥٨/ ٢ مدني مصري).

٤ - والبيع غير المسجل لا يحول دون مطالبة المشتري بإبطاله إذا صدر من غير مالك (م ٨/٤٦٦ مدني مصري) حيث تنص على أنه «. . . يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل».

٥ - وإذا تسلم المشتري المبيع فإن تبعة الهلاك تنتقل من البائع إلى المشتري بالرغم من عدم انتقال الملكية، وذلك لأن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسلم لا بالملكية في القانون اللبناني، نقل تبعة الهلاك مرتبط بانتقال الملكية، لأن تبعة الهلاك على المالك.

---

(١) نقض ٢٤/ ٢/ ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٣٢٩، ٢٤/ ٢/ ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٣٢٩.
(٢) نقض ٢٢/ ٢/ ١٩٦٨ س ١٩ ص ٣٥٧ نقض ١٠/ ١/ ١٩٧٩ س ٣٠ ص ١٦١ ع ١.
(٣) نقض ٨/ ١١/ ١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٦٩٥.

المطلب الثاني: التزام البائع بنقل الملكية وأثره

- عقد البيع غير المسجل يرتب حقوق والتزامات شخصية:

يجب أن نؤكد منذ البداية أن عقد البيع غير المسجل، أياً كان نظام التسجيل، يرتب حقوقاً والتزامات شخصية[1] فيستطيع البائع أن يطالب بالثمن، ويستطيع المشتري أن يطلب بنقل ملكية العين المبيعة وتسليمها له علاوة على الالتزامات الأخرى كالالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية. كما سوف نرى فيما بعد - علاوة على ذلك يقع على عاتق كل من الطرفين في البيع العقاري التزاماً بالقيام بما يلزم من أعمال وإجراءات لإتمام التسجيل. على النحو الذي سوف نراه ولذلك نجد نص المادة ٩ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المتعلق بتنظيم الشهر العقاري تنص على أن «١ - جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية» «٢ - ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم» «٣ - ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن».

وقد أكد قانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بنظام السجل العيني ذلك في نص المادة ٢٦ منه والتي تنص على أن «جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب قيدها في السجل العيني، ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ١/١١ من القرار ١٨٨ بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري على «١ - أن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء

---

(١) نقض ١٣/١٢/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٢٧١.

حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة، حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيدها ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم».

وتنص المادة ٢٠٤ ملكية عقارية على أن «يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري. . .».

وتنص المادة ٣٩٣ موجبات وعقود على «أن بيع العقار والحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين، إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري».

وبعد هذا العرض نقتصر على بيان محل الالتزام، وأثر هذا الالتزام.

أولاً - محل الالتزام:

بينا فيما سبق أن عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا ينقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، فهو يولد حقوق والتزامات شخصية على عاتق كل من الطرفين[1]. ويقصد بهذه الالتزامات، التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، كما يلتزم بالتسليم والضمان، في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع. ولا يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلا وفقاً للقواعد العامة[2] وهذا ما سيكون محل دراسة على مدار هذا القسم.

والذي نود التركيز عليه هنا هو أن التزام البائع بنقل الملكية يقتضي منه أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (م ٤٢٨ مدني)[3].

ودون الخوض في إجراءات التسجيل وتعقيداتها نكتفي هنا بالقول أنه إذا كان المشتري هو الذي يقع على عاتقه القيام بإجراءات التسجيل إلا أن هناك من بين هذه

---

(١) نقض ٢٣/١/١٩٤١ الطعن رقم ٤٤ سنة ١٠ ق، سعيد شعلة، ص ١١١.
نقض ٢٢/٢/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٣٥٧.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٨ ص ١٠٦، ١٠٧.

(٣) نقض ٢٥/٧/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٤٧٧، ١٧/٤/١٩٦٩ نفس المجموعة، س ٢٠ ص ٦٤٢.

الاجراءات ما لا يتم إلا بتدخل من جانب البائع، لذلك يجب على البائع ابتداء ألا يتصرف في العقار المبيع مرة أخرى لأن مثل هذا التصرف لو سجل - انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه - سيؤدي إلى عدم إمكان تسجيل البيع الأول[1] كما أنه على البائع أن يقوم بكل ما يلزم من التصديق على إمضائه أو ختمه أمام الموظف المختص بذلك عندما يكون البيع محرراً على إحدى نماذج التسجيل، أو يقوم مع المشتري بتحرير هذا النموذج ثم التصديق على إمضائه إذا كان البيع محرراً على ورقة عرفية فقط. علاوة على التزام البائع بتقديم كافة الشهادات والأوراق اللازمة لإجراء التسجيل وبصفة خاصة المستندات المثبتة لملكيته، وإذا كان وارثاً للعقار المبيع فعليه أن يقوم بشهر حق الإرث حتى يمكن تسجيل التصرفات المتعلقة بأموال التركة.

ثانياً - أثر الالتزام:

إذا كان الغالب المألوف أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بالكيفية السابق بيانها، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري على النحو الذي سوف نراه عند دراسة آثار التسجيل. لكن من المتصور ألا يقوم البائع بتنفيذ هذا الالتزام، فماذا يكون موقف المشتري في هذه الحالة؟

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا توافرت شروطه، كما له، باعتبار البيع عقداً ملزماً للجانبين، أن يطلب فسخ البيع مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

إذا اختار المشتري طريق التنفيذ العيني وكانت شروطه متوافرة فإنه يتم جبراً عن البائع. وللوصول إلى التنفيذ العيني الجبري يستطيع المشتري أن يلج أحد طريقين، إما دعوى صحة التعاقد، وإما دعوى صحة التوقيع، مع اختلاف كل من الدعويين من حيث الطبيعة والحجية. ولنعرض باختصار لهما.

١ - دعوى صحة التعاقد:

أ - الغاية منها ووضع ضوابط استعمالها:

هذه الدعوى هي وسيلة المشتري لإدراك التنفيذ العيني الجبري دون تدخل

(١) نقض ١٩٦٩/٦/٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٨٨٦.

من جانب البائع[1] وذلك عندما يمتنع هذا الأخير عن تنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري. ويتسنى للمشتري ذلك بحصوله على حكم في هذه الدعوى يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية[2] من وقت التسجيل[3]. وتعتبر هذه الدعوى تطبيقاً لنص المادة ٢١٠ مدني مصري والتي تنص على أنه «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام».

في القانون اللبناني:

يستفاد من مجمل النصوص القانونية في هذا الصدد أنه إذا كان العقد غير المسجل لا يرتب مفاعيل عينية بالنسبة إلى الغير أو بالنسبة للمتعاقدين إلا أن هذا العقد ليس مجرداً من أية قيمة قانونية. فإذا كان لا يؤدي إلى اكتساب الحق العيني إلا أنه ينشىء التزاماً شخصياً على البائع بتنفيذ ما يشتمل عليه من تعهدات، وأهمها نقل الملكية. ويكون للمشتري مقاضاة مدينه البائع لمطالبته بتسجيل الحق العيني موضوع التعاقد.

فقد نصت المادة ٢٦٧ ملكية عقارية على أنه «يكتسب حق قيد الحقوق العينية العقارية بمفعول العقود» وتذهب المادة ٢٦٨ ملكية عقارية إلى أبعد من هذا حيث تنص على أن «موجب إعطاء العقار يتضمن موجب فراغه في السجل العقاري والاحتفاظ به حتى الفراغ تحت طائلة تعويض الدائن عن العطل والضرر».

كما أن نص المادة ٤٨ موجبات وعقود أكد ذلك بجلاء بنصه على أنه «إذا

---

(١) نقض ٣١/١/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٣٦٦ حيث قررت المحكمة أن «دعوى صحة التعاقد يقصد بها رافعها المشتري إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً..».

(٢) نقض ١٠/١٢/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٢٢٥٦ حيث قررت المحكمة أن «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام العقد في نقل الملكية...».

(٣) نقض ٢١/١١/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١٠١٢.

كان موضوع موجب الأداء إنشاء حق عيني غير منقول، كان لصاحبه حق التسجيل في السجل العقاري».

وتنص المادة ٢٤٩ موجبات وعقود على أنه «يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عيناً إذ للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات».

وقد كثر في العمل الالتجاء إلى هذه الدعوى لدرجة أنها أصبحت تمثل نسبة كبيرة من الدعاوى المطروحة أمام المحاكم. وقد كان ذلك راجعاً إلى إساءة استخدام هذه الدعوى وذلك بإخراجها عن وظيفتها الأصلية كما حددها لها المشرع.

ولذلك قد اضطر المشرع أن يتدخل مؤخراً ليصدر تشريعاً[1] ليضع ضوابط معينة للالتجاء إلى هذه الدعوى.

فقد نصت المادة ٦٥/٤ مرافعات بعد تعديلها على أنه «لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها» ليس هذا فحسب بل نصت المادة ١٠٣/٣ مرافعات بعد تعديلها على أنه «إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق» أكثر من ذلك نصت المادة ١٢٦ مكرر مرافعات مضافة بهذا التشريع على أن «لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه».

وللتأكد من جدية رفع دعوى صحة التعاقد تطلب المشرع أن تسدد ربع رسوم التسجيل عند رفع الدعوى وشهرها، فإذا ما حكم بصحة العقد ونفاذه وأريد تسجيل الحكم يقوم المشتري بتكملة الرسوم، وإذا لم يمض في التسجيل فإنه يسترد ما تم دفعه على ذمة رسوم التسجيل. وعلاوة على ذلك فرض المشرع رسوم نسبية لرفع

(١) انظر قانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١.

الدعوى ذاتها يختلف تقديرها بحسب الأحوال[1] كل هذا أدى في النهاية إلى الحد من الالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد إلى حد كبير.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٧ من القرار رقم ١٨٨ في ١٥ آذار ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري على أن «... ولا تسمع أية دعوى كانت بحق عقار غير مسجل قبل تسجيله في السجل العقاري وإذا كان العقار مسجلاً فلا تسمع الدعوى ما لم تسجل أولاً في السجل العقاري».

وعلى ذلك نجد أيضاً أن تسجيل الدعوى صحة التعاقد شرط لقبولها. وتوجب المادة ٩ من نفس القرار تسجيل الدعاوى المتعلقة بحق عيني على الصحيفة العقارية وذلك بقصد الاحتجاج بها على الغير الذين يكتسبون حقوقاً على العقار بعد تاريخ تسجيل الدعوى.

- ودعوى صحة التعاقد تعتبر دعوى شخصية عقارية[2]، فهي شخصية لأن المدعي يستند فيها إلى حقه الشخصي المتولد عن عقد البيع غير المسجل لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عيني. وهي دعوى عقارية لأن الغرض منها الوصول إلى كسب حق عقاري.

وهذه الدعوى يرفعها المشتري أو ورثته على البائع أو ورثته[3]. كما يجوز أن يرفعها دائن المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها (م ٢٣٥ مدني مصري، م ٢٧٦ موجبات وعقود).

ويجوز للبائع رفع دعوى صحة التعاقد إذا كان له مصلحة في ذلك[4].

---

(١) يحسب ما إذا انتهى الحكم فيها بناء على صلح من أول جلسة أما لا.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٠٨، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢.

(٣) نقض ١٩٤١/١/٢٣ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٢٧١.

(٤) نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٧ ص ٥١٢ تمييز رقم ٥ في ١٤ كانون الثاني ١٩٦٤ حاتم ٥٥ ص ١٨.

ب ـ المحكمة المختصة بدعوى صحة التعاقد وتقادمها :

والمحكمة المختصة بنظر الدعوى إما المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، وإما المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. ويتحدد الاختصاص القيمي طبقاً للقواعد العامة، حيث تقدر قيمة الدعوى بقيمة العقار المتعاقد عليه.

ـ وتتقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع، وعشر سنين في القانون اللبناني (م ٣٤٩ موجبات وعقود) حيث إن المدعي يطالب فيها بحق شخصي ولذلك فهي تتقادم بتقادم هذا الحق[١]. ومع ذلك إذا كان المشتري قد تسلم العقار المبيع عند البيع، فإنه في الوقت الذي تكون دعواه قد سقطت بالتقادم، يكون هو قد اكتسب ملكية المبيع بسبب آخر غير العقد وهو التقادم المكسب بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة. أما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع بعد إبرام البيع بفترة من الزمن فإن تسلمه للمبيع يقطع تقادم دعوى صحة العقد[٢] وتبدأ مدة جديدة قدرها خمس عشرة سنة أخرى. أي أنه في جميع الأحوال التي يتسلم فيها المشتري العقار المبيع قبل مرور خمس عشرة سنة على إبرام البيع لا يوجد ما يعرض حقوقه للخطر لأنه إما أن يرفع دعوى صحة العقد ونفاذه قبل تقادمها أو إذا تقادمت هذه الدعوى فإنه يكون قد اكتسب ملكية العقار المبيع بالتقادم هو أيضاً[٣].

وترى محكمة النقض أن الدفع بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على البائع وورثته بمقتضى التزام البائع بالضمان[٤].

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٥.

(٢) السنهوري، فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٥ هامش ١، وانظر في ذلك أيضاً التمييز اللبنانية بتاريخ ٩/٧/١٩٥٦ مجموعة باز ٤ لسنة ١٩٥٦ رقم ١٨، ٢٥ كانون الثاني ١٩٥٦، المحامي، ١٩٥٦ ص ٦٩، وانظر في الفقه اللبناني خليل جريج النظرية العامة للموجبات، جـ ٤ ص ٣٦٨.

(٣) سمير تناغو، فقرة ٤٣ ص ١٩١، ١٩٢.

(٤) نقض ٤/٣/١٩٥٤ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢١ ق، سعيد شعلة ص ٢٥٥، نقض ٢١/٣/١٩٦٣ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٤ ص ٣٥٥، ٢٨/٣/١٩٦٣، س ١٤ ص ٣٩٨، ١٣/١/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢٣، نقض ١٦/١/١٩٦٩ س ٢٠ =

حـ ـ شروط إستعمالها وسلطة المحكمة إزاءها:

ـ ولما كانت دعوى صحة التعاقد وسيلة المشتري لإدراك التنفيذ العيني دون تدخل من جانب البائع، لذلك يجب أن يكون هذا التنفيذ العيني ممكناً. ولذلك لا محل لهذه الدعوى إذا كان تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية جبراً غير ممكن، كما لو كان البائع قد تصرف في العقار وسجل المتصرف إليه عقده فانتقلت إليه الملكية[1]، أو كان سند ملكية البائع غير مسجل[2]، أو لورود البيع على شيء غير قابل للتعامل فيه[3]، أو إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه[4] أو لم يحصل على التصديق اللازم في بيع أملاك الدولة الخاصة[5].

كما أن المحكمة لا تستطيع البت في أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التي تطبق عليه من حيث الصحة، والنفاذ. ولا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحالين أن تقضي

= ص ١٢٨، ١٦/٤/١٩٧٠ س ٢١ ص ٦٥٨، ١٠/٦/١٩٨٠ س ٣١ ص ١٧٢٦، ٢٤/٥/١٩٨٨ س الطعن رقم ٥٤٢ سنة ٥٤ ق سعيد شعلة ص ٢٦٧.

(١) نقض ٥/٦/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٨٨٦، ٣١/١/١٩٨٠ س ٣١ ص ٣٦٦.

(٢) نقض ١٩/٥/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١١٩٦، ٢٤/١١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٦٥، ٢١/١٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٨٠١ وفي هذا الحكم أقام البائع دعوى ضد البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين البائع والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيـــــذي، ٣١/١/١٩٨٠ س ٣١ ص ٣٦٦، ١٤/٤/١٩٨١ س ٣٢ ص ١١٢٢، ١٦/٣/١٩٨٨ الطعن رقم ١٢٠٠ س ٥٣ ق.

(٣) نقض ٢/١١/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٩٨.

(٤) نقض ٢/١٢/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١١٠٤.

(٥) نقض ٩/٤/١٩٨٧ الطعن رقم ٦٥٠ س ٥٣ ق، حيث قضت المحكمة بأن «بيع أملاك الدولة الخاصة عدم تمامه إلا بالتصديق عليه ممن يملكه» القرار الجمهوري رقم ٥٤٩ سنة ١٩٧٦ قضاء الحكم بصحة ونفاذ هذا البيع دون التحقق من صدور هذا التصديق خطأ وقصور.

بنفاذه قبل أن تبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية[1].

- موضوع الدعوى الأصلي هو المطالبة بتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية، ولما كان التنفيذ العيني لهذا الالتزام يقتضي التحقق من وجود الالتزام وذلك عن طريق التأكد من صحة البيع نفسه، ولذلك فإن دعوى صحة ونفاذ العقد دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو بصحته أو بطلانه[2].

فدعوى صحة العقد ونفاذه تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية. هذا يقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته، ولذلك فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد. وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته إبداؤه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب، ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان إذ في هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله وهي حين تنتهي إلى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان أما في دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمر مختلف إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد بل إنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضي بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن

---

(1) نقض ١٩٦٩/٢/٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٢٢، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٧٦١.

(2) نقض ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٤٨٦، ١٩٧٠/٢/٢٦ س ٢١ ص ٣٦٨.

التصرف الذي يتناوله العقد صحيح نافذ[1].

والقضاء بصحة العقد يتضمن حتماً أنه غير صوري وصحيح ومن شأنه نقل الملكية[2].

وهذه الدعوى تتسع لبحث ذاتية الشيء المبيع الذي هو ركن من أركان البيع ويجب على المحكمة أن تتحقق من موقعه ومساحته وتعيين حدوده وأوصافه تعييناً مانعاً للجهالة قبل الحكم بانعقاد البيع[3] كما أنها تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه[4].

التدخل في دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع يعد تدخلاً اختصامياً يطلب فيه المتدخل لنفسه حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضي بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل رفضاً أو قبولاً[5].

على أنه لا تناقض في قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن ـ جزء من الأطيان المبيعة ـ وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملاً بالمادة ١٤٣ مدني ومقتضاها أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً[6].

ـ علاوة على ذلك يجب أن يتحقق القاضي من أن التزام البائع نافذ وألا يكون امتناع البائع عن التنفيذ مشروعاً.

وعلى ذلك إذا كان التزام البائع بنقل الملكية مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط فلا يجوز في هذه الحالة الحكم بالتنفيذ العيني الجبري طالما أن الأجل لم يحل أو لم يتحقق الشرط.

---

(١) نقض ٢١/ ٤/ ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٨٩٩.
(٢) نقض ١/ ٣/ ١٩٦٦ السابق الإشارة إليه، نقض ١٢/ ٤/ ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٥٩٦.
(٣) نقض ٢٩/ ٤/ ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٧٨١.
(٤) نقض ٢٤/ ٤/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١١٩٣.
(٥) نقض ١٢/ ٢/ ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٣٦٤.
(٦) نقض ٢١/ ٦/ ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٢٥٧.

وإذا دفع البائع الدعوى بأن المشتري لم يدفع الثمن وطلب الفسخ وحكمت المحكمة به فإن لها أن ترفض الدعوى، لكن الحكم نهائياً بصحة العقد دون فصل في أمر الباقي من الثمن لا يمنع البائع من المطالبة به أو طلب فسخ العقد بدعوى جديدة لاختلاف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ سبباً وموضوعاً[1]. لكن إذا أقيمت الدعوى بفسخ عقد البيع لتخلف المشتري عن دفع الثمن وقضى نهائياً برفضها في الاستئناف الذي بت في أمر الباقي من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فإن هذا القضاء يحوز قوة الأمر المقضي في شأن طلب الفسخ ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في هذه المسألة في دعوى صحة التعاقد ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على محكمة الاستئناف أن تتقيد في قضائها بين الخصوم أنفسهم في شأن تلك المسألة التي قضى فيها الحكم الأول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين وكونها في الدعوى المائلة صحة التعاقد ونفاذه وفي الأولى فسخ العقد[2].

وإذا لم يطلب البائع الفسخ واكتفى بالدفع بعدم التنفيذ لأن المشتري لم يدفع الثمن فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتنفيذ لأن امتناع البائع كان مشروعاً ولا يجوز أن يطلب إجباره على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد[3] لكن لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر[4].

---

(١) نقض ٢٦/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٦٤.

(٢) نقض ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٢٠٤٠.

(٣) نقض ٣٠/ ٣/ ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٧٤٣.

(٤) نقض ٢٨/ ١٢/ ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٩٣٢ وقضت المحكمة بأنه «إذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لذمة المشتري من الثمن، فإنه لا يقبل من الطاعن ـ وهو مشتر ثان ـ الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص ما دام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه»، نقض =

د - تكييف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد وأثره:

وتجري محكمة النقض على أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه[1].

وعلى ذلك فإن تمسك طالب التدخل في دعوى صحة التعاقد بأنه هو المالك للأطيان المبيعة يعد تدخلاً اختصامياً يطلب فيه التدخل حقاً ذاتياً لنفسه، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطاً بالدعوى الأصلية. ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبهم، وذلك باعتبار أن البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل[2]، ولا يجوز للبائع الادعاء بكسب الملكية بالتقادم إلا

= ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٢٠٤٠ إذا خسر المشتري دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع لأنه لم يكن قد أوفى بباقي الثمن، ثم استأنف الحكم بعد وفاءه بالثمن وحكمت له محكمة الاستئناف بصحة العقد ونفاذه. ترى محكمة النقض أنه في هذه الحالة كان على محكمة الاستئناف أن تلزمه بالمصروفات عملاً بالمادة ١٨٥ مرافعات لأنه وإن كان محكوماً له في الدعوى إلا أنه كان قد رفعها على أساس غير سليم لعدم وفائه بباقي الثمن قبل رفعها فتسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها».

(١) نقض ٣١/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢٨١، ١٥/ ١٠/ ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١١٣٥، ٢٥/ ٢/ ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٤٧٨، ١٥/ ١١/ ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٣٧ ع ٣، نقض ٧/ ١١/ ١٩٧٥ الطعن رقم ١٧٠٢ سنة ٥٢ ق. وكان البائع لا يملك إلا جزء من المبيع فامتنع على المحكمة إجابة المشتري والبائع إلى طلبهما بإلحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده في شق منه على بيع ملك الغير ولا يجاب المشتري إلى طلب صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذي ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه.

(٢) نقض ٣/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢١ ص ٢٢١.

بعد أن تكون الملكية انتقلت منه إلى المشتري فعلاً وليس قبل ذلك[1].

لكن إذا كانت دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ما عسى أن يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع باعتبارها دعوى استحقاق مآلاً إلا أن الحكم الصادر فيها لا يحوز حجيه بشأن الملكية ما لم تكن الملكية قد أثيرت وبحثها الحكم الصادر بصحة البيع[2].

إذا كان من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة - متى توافرت لهم شروطه - في مواجهة من يدعي حقاً يعارضهم أياً كان سنده وهو ما يجعل بالتالي لخلفهم المشتري - مصلحة محققة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشتراة ليكون الحكم الصادر فيها سنداً له في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفاً للبائعين له ومورثهم - وهو ما يجوز في صحيح القانون - اعتباره سنداً ناقلاً للملكية وقابلاً للشهر عنه فضلاً عن كفايته بذاته سنداً صالحاً للاحتجاج به قبل من ينازعه في ثبوت هذا الحق له أو يدعي عليه بأي حق يعارضه وتلك بدورها غاية إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولها[3].

- وإذا تأكد للمحكمة صحة البيع ونفاذ الالتزام حكمت بذلك. فدعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه، والحكم الذي يصدر فيها هو الذي يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين[4] ويستطيع المشتري تسجيله فتنتقل إليه الملكية من تاريخ هذا التسجيل[5].

هـ - أثر تسجيل صحيفة الدعوى:

- أصبح شهر صحيفة الدعوى شرطاً لقبولها، كما أصبح شرطاً لإلحاق كل

---

(١) نقض ٢٤/١/١٩٨٥ الطعن رقم ١٢٩٦ سنة ٥١ ق.

(٢) نقض ١٠/٢/١٩٨١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٢ ص ٤٦٢.

(٣) نقض ١١/١/١٩٨٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٤ ص ١٧٥.

(٤) نقض ٩/١٢/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٢٠١٠.

(٥) نقض ١/١١/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٥٩٩، ٩/١/١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٩٦٩، ٢٠/١٢/١٩٨١ س ٣٢ ص ٢٣٤١، ٢١/١١/١٩٨٢ س ٣٣ ص ١٠١٢.

طلب للخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد بمحضر الجلسة، وكذلك أصبح الشهر شرطاً لقبول الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية.

ـ القاعدة أنه ليس للتسجيل أثر رجعي[1]، أي أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع[2]. كما أن القاعدة أن الملكية تثبت للمشتري اعتباراً من تاريخ تسجيل الحكم وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

وبالرغم من ذلك فإن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التي يرفعها المشتري على البائع ـ على ما قضت به المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري ـ يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة، سواء كانوا خصوماً في تلك الدعوى التي سجلت صحيفتها أو ظلوا بعيدين عنها[3].

فإذا البائع باع العقار إلى مشتر ثان وقام هذا الأخير بتسجيل عقده بعد تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الأول فإنه لا يحتج بهذا التسجيل ولا تنتقل الملكية به إلى المشتري الثاني وبالتالي لا يحول هذا التسجيل دون أن يحكم للمشتري الأول بصحة ونفاذ عقده العرفي حتى إذا أشر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على المشتري الثاني[4] وانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى إنما قصد به حماية أصحاب هذه الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يترتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذي يقرر حق

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٨٠ ص ٥١١، وانظر في تأييد للأثر الرجعي للتسجيل فقرة ٢٨٣ ص ٥١٩.

(٢) انظر للأحكام الواردة في هامش ٢، انظر بصفة خاصة النقض ٢٤/٢/١٩٧٣ س ٢٤ ص ٣٢٩.

(٣) نقض ١٩/١٠/١٩٦٧ س ١٨ ص ١٥٤٢، ٢٧/٥/١٩٧١ س ٢٢ ص ٦٩٦.

(٤) نقض ١٩/١٠/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٥٤٢، ٢٣/١٢/١٩٧١

المدعي فيها[1].

ومفاد ذلك أنه لا يكفي لاعتبار العقد مسجلاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد حجية بالنسبة للتسجيل[2].

وإذا كان التأشير بمنطوق الحكم الصادر في الدعوى على هامش تسجيل صحيفتها ينسحب أثره إلى تاريخ تسجيل هذه الصحيفة إلا أن هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه[3].

وإجراءات تسجيل صحيفة الدعوى المعول عليها هي الإجراءات التي تبدأ بتقديم المحرر المختوم بخاتم «صالح للشهر» بعد توقيعه إلى مكتب الشهر العقاري المختص حيث يثبت في دفتر الشهر بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديم المحررات إليه، ويؤشر عليه أي على المحرر بما يفيد شهره وفق أحكام المادة ٢٩، ٣٢ من قانون الشهر العقاري، وعلى ذلك لا تكفي الاجراءات التمهيدية، كبيانات القيد في دفتر مشروعات المحررات التي تفيد تقديم مشروع صحيفة الدعوى[4].

لا مجال لإعمال الأسبقية في تسجيل صحيفتي دعوى صحة التعاقد إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة[5]. كما أن العبرة في المفاضلة بأسبقية التسجيل أن يكون المتصرف واحداً[6]. وكذلك الأفضلية لا تثبت لرافع الدعوى إلا إذا كان المبيع المحدد في صحيفة الدعوى، هو بذاته المبيع الذي كان محلاً للبيع، لأن

(١) نقض ٩/١/١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٩٦٩، ٢٣/١٢/١٩٨٠ س ٣١ ص ٢١٠٢، ٢٦/١/١٩٨٣ س ٢٤ ص ٣٠٨.

(٢) نقض ٢٣/٤/١٩٧٠ س ٢١ ص ٦٧٧.

(٣) نقض ٢٤/٢/١٩٧٣ س ٢٤ ص ٣٢٩، ٢٠/١٢/١٩٨١ س ٣٢ ص ٢٣٤١.

(٤) نقض ١٥/٦/١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٤٤٢.

(٥) نقض ٢١/٥/١٩٧٠ س ٢١ ص ٨٨٦.

(٦) نقض ١٦/٦/١٩٨٧ الطعن رقم ١١٣٥ سنة ٥٣ ق.

أساس الشهر هو اتحاد العقار في كل من التصرف وإشهار التصرف[1].

وحيث إن التأشير بمنطوق الحكم يرتد أثره استثناءً إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ولذلك قصر المشرع هذا الأثر على التأشيرات التي تتم خلال خمسة أعوام من تاريخ صيرورة الحكم الصادر بصحة ونفاذ البيع نهائياً، وإن كان يجوز تسجيل الحكم ذاته بعد مرور الخمس سنوات إلا أن أثر هذا التسجيل - بالنسبة إلى الغير - لا يرتد إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى.

وإذا كان المشرع قد رسم للمدعي في دعوى صحة التعاقد طريقاً يمكنه من التمسك بالحكم الذي يصدر لصالحه ضد كل من آل إليه الحق من البائع المدعى عليه وإعلام الغير بالأخطار التي يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى، وإذا كان هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده، فإنه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملاً إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشي ويزيد عليه. ومتى تقرر ذلك فإن أثر تسجيل الحكم من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد[2].

أما الحقوق التي كسبها الغير على العقار قبل تسجيل صحيفة الدعوى فتكون نافذة في حق المشتري (م ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري) وإن كان هناك خلاف حول ما إذا كان يشترط لنفاذها أن يكون الغير الذي كسب الحق حسن النية أم لا على نحو ما سنعرض فيما بعد.

---

(١) نقض ٢٩/٤/١٩٧١ س ٢٢ ص ٥٨٤، ٢٧/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٣٤٩ ولذلك إذا تم تسجيل تنبيه نزع الملكية على الأطيان محل النزاع قبل إشهار المشتري لصحيفة تعديل طلباته في دعوى صحة التعاقد إن تسجيل تنبيه نزع الملكية يرتب أثره. وإذا قضى الحكم بصحة ونفاذ العقد على قدر شائع بناء على طلب المشتري وعلى غير مقتضى سنده الذي تلقى به حصة مفرزة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون نقض ٥/٥/١٩٨١ س ٣٢ ص ١٣٧٤.

(٢) نقض ٣٠/١/١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٩٣، ١٦/٣/١٩٧٧ س ٢٨ ص ٦٨١، ٢٩/٤/١٩٨١ س ٣٢ ص ١٣٤٠.

٢ـ دعوى صحة التوقيع:

سبق أن رأينا أن دعوى صحة التعاقد وسيلة لإدراك التنفيذ العيني الجبري مباشرة دون تدخل من جانب البائع، وما كان لذلك من انعكاس على طبيعتها ومداها. فرأينا أن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول محله ومداه ونفاذه، وأن الحكم الذي يصدر فيها هو الذي يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضا بين المتعاقدين بغير حاجة إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبت فيها التعاقد أولاً، ولذلك كان تسجيل هذا الحكم كافياً لنقل الحق العيني.

ومع ذلك قد لا يتسنى للمشتري أن يرفع دعوى صحة التعاقد لسبب أو لآخر، فإنه ليس أمامه إلا وسيلة أخرى أكثر يسراً، ولكنها أقل شأناً، وهي دعوى صحة التوقيع. وهذه الدعوى تختلف عن دعوى صحة التعاقد من حيث الطبيعة والمدى وإن اشتركت معها في نفس الغاية.

فدعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفي إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع في التوقيع[1] فالمشتري لا يطلب من القضاء الحكم بصحة ونفاذ البيع بل يقتصر على طلب إثبات واقعة مادية هي صحة توقيع البائع، ولذلك يمتنع فيها على القاضي أن يتعرض للتصرف المدون في السند من جهة وجوده أو انعدامه، أو صحته وبطلانه، أو جديته وصوريته، أو نفاذه وزواله، بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط[2] ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد[3].

---

(١) نقض ٢٣/٢/١٩٣٩ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٧ ق، ٣/٥/١٩٥١ الطعن رقم ٨٨ سنة ١٩، ٢٦/٢/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٦٨، ٢٤/١/١٩٨٥ الطعن رقم ٦٤٦ سنة ٥٢ ق.

(٢) الأحكام السابق الإشارة إليها، ونقض ٢٤/١/١٩٨٥ السابق الإشارة إليه والذي نقض الحكم الذي قضى ببطلان التصرف المثبت بالمحرر لعيب من عيوب الرضا في دعوى صحة التوقيع.

(٣) نقض ٦/٣/١٩٥٢ الطعن رقم ١٠٦ سنة ٢٠ ق.

وهذه الدعوى تعرف في قانون الإثبات بدعوى تحقيق الخطوط الأصلية فقد نص عليها المشرع في المادة ٤٥ إثبات مصري بقوله «يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة» (وهذا النص يقابل تماماً نص المادة ١٧٩ أصول محاكمات مدنية لبناني)[١].

فموضوع هذه الدعوى ينحصر فقط في صحة التوقيع دون التعرض لموضوع الحق. فإذا حضر المدعى عليه وأقر أثبتت المحكمة إقراره، وتكون جميع المصروفات على المدعي ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكر أو لم ينسبه إلى سواه (م ٤٦ إثبات مصري، م ١٧٩/١ أصول محاكمات). وإذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الإصبع. ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال (م ٤٧ إثبات مصري) (م ١٧٩/٣ أصول محاكمات) وإذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع فيجري التحقيق طبقاً للقواعد المرسومة في قانون الإثبات (م ٤٨ إثبات مصري، م ١٧٩/٤ أصول محاكمات مدنية). فإذا قضت المحكمة بصحة التوقيع أو الخط وجب الحكم بالغرامة على المدعى عليه، وبالتعويض إذا طلبه المدعي وكان له مقتضى[٢].

وبناء عليه فإن دعوى صحة التوقيع لا تعدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله، والحكم الصادر فيها لا يعدو أن يقوم مقام تصديق الموظف المختص على التوقيع[٣] ولذلك فإن دعوى صحة التوقيع دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية المنصوص عليها في المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري وبالتالي لا تأخذ حكمها[٤]، (الوارد في المادة ١٧ من

---

(١) انظر نبيل سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية. دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٥ ص ١٦٠.

(٢) المرجع السابق ص ١٦١.

(٣) نقض ١٣/٥/١٩٤٨ الطعن رقم ١٥٤ سنة ١٧ ق.

(٤) نقض ١٣/٥/١٩٤٨ السابق الإشارة إليه.

قانون الشهر العقاري) ولذلك لا يفيد شيئاً تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع على خلاف دعوى صحة التعاقد، لذا يلزم تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتي ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل[1].

وتشترك دعوى صحة التوقيع مع دعوى صحة التعاقد في الغاية النهائية منهما. فإذا صدر الحكم بصحة التوقيع استطاع المشتري أن يسجل المحرر ومعه الحكم ويقوم الحكم بصحة التوقيع مقام تصديق البائع على إمضائه[2] فالذي يسجل العقد والحكم معاً، ولا يكفي تسجيل الحكم لأنه لم يتعرض لأصل موضوع العقد. ويبقى دائماً للبائع أن يطعن في صحة العقد[3] ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري أي تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده مصحوباً بالحكم[4] وقد زاد مؤخراً الالتجاء إلى دعوى صحة التوقيع بعدما قيد المشرع الالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد.

المطلب الثالث: أثر التسجيل

في هذا المطلب سنعرض أولاً، لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ثم سنبين أن هذا الانتقال لا يكون إلا من وقت التسجيل، وأخيراً سيتضح لنا أن العبرة دائماً بالأسبقية في التسجيل إلا ما استثنى بنص خاص.

أولاً ـ انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير:

وهنا سنجد أن القدر المتيقن منه في معظم نظم الشهر والعلانية أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل. وفيما وراء ذلك هناك اختلاف بين هذه الأنظمة. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

---

(١) نقض ٢١/ ٤/ ١٩٥٤ الطعن رقم ١٠٥ سنة ٢٢ ق.

(٢) نقض ٢٣/ ٢/ ١٩٣٩ السابق الإشارة إليه، نقض ١٣/ ٥/ ١٩٤٨ السابق الإشارة إليه.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١١٢.

(٤) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٥٠١ وما بعدها.

الاختلاف بين الشهر العقاري والسجل العقاري:

الاختلاف بين الشهر العقاري والسجل العقاري لا يكون بصدد انتقال الحق العيني سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير وإنما الاختلاف في سبب هذا الانتقال هل هو العقد المسجل أم مجرد القيد في السجل العقاري. كما أن الاختلاف بينهما أيضاً حول مدى حجية القيد وما يترتب على ذلك من نتائج.

١ - بالنسبة للشهر العقاري:

إن الحق العقاري لا ينتقل، في ظل نظام الشهر العقاري، إلا بعقد مسجل صادر من صاحب الحق. فالتسجيل، وإن كان لازماً لانتقال الحق، فهو لا ينقله وحده.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد المسجل صورياً فا لحق لا ينتقل لأن العقد الصوري لا وجود له.

كما أن التسجيل لا يحصن العقد المسجل ضد الإبطال أو البطلان أو الفسخ. ففي جميع هذه الأحوال إذا ما حكم ببطلان العقد أو بفسخه يزول العقد بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وبالتالي يعتبر الحق كأن لم ينتقل بالرغم من التسجيل، ولا يسري الأثر الرجعي في حق الغير حسن النية الذي تلقى حقاً عينياً على العقار وقام بشهره قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو الفسخ وكان لا يعلم ولا في استطاعته أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه هذه الدعوى، وهو يعتبر دائماً سيء النية إذا قام بشهر حقه بعد تسجيل صحيفة دعوى البطلان أو الفسخ (انظر المادة ١٥، ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري).

كما يلزم حتى ينتقل الحق بالعقد المسجل أن يكون البائع هو صاحب الحق المبيع. وعلى ذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق للعقار المسجل وأثبت فيها أن البائع ليس مالكاً وأنه هو المالك وحكم له بالملكية فيعتبر الحق كأن لم ينتقل إلى المشتري، ما لم يكن المشتري قد تلقى حقه وقام بشهره قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق فإنه يعتبر حسن النية وبالتالي لا يكون للحق المحكوم به في دعوى الاستحقاق أي حجية عليه، أي أن حقه يبقى بالرغم من أنه ثبت أنه تلقاه من غير

مالك (م ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري)

٢ - بالنسبة للسجل العقاري:

ينتقل الحق العيني، طبقاً لنظام السجل العقاري، إلى المتصرف إليه لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على قيد الحق. فالقيد لا التصرف هو الذي ينقل الحق. ومهمة التسجيل في نظام السجل العقاري هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف. وقيد الحق في السجل العقاري يكسبه قوة ثبوتية مطلقة وعلنية من شأنه حماية هذا الحق وتوفير الاطمئنان للتعامل على أساسه. وقد أخذ القانون اللبناني بالسجل العقاري، وكذلك قانون السجل العيني في مصر. وسنعرض لأحكام السجل العقاري في القانون اللبناني باختصار شديد، مع ملاحظة أن قانون السجل العقاري في لبنان وقانون السجل العيني في مصر يتحدد نطاقهما بالأراضي الممسوحة، أما الأراضي غير الممسوحة فإن تخضع لنظام الشهر العقاري على النحو السابق بيانه.

ـ السجل العقاري في القانون اللبناني:

وقد أخذ بالأثر المنشىء للقيد وكذلك بالحجية المطلقة لقيود السجل العقاري. ولكن أحاط القانون اللبناني هذه الحجية المطلقة بعدة ضمانات.

فنصت المادة ١٣ من القرار ١٨٨ المنشىء للسجل العقاري على ضمانة هامة بقولها «غير أنه لا يمكن أن يتذرع بمفعول القيود الأشخاص الآخرون (الغير les tiers) الذين عرفوا، قبل اكتساب الحق، بوجود العيوب والأسباب التي تدعو إلى إلغاء الحق أو إلى نزعه».

كما نصت المادة ١٤ من القرار على أن «يعتبر القيد مخالفاً للأصول إذا جرى بدون حق. وكل من يتضرر من القيد يمكنه الادعاء مباشرة على الغير السيء النية، بعدم قانونية ذلك القيد».

وتبين المادة ١٥ من القرار حق من تضرر من جراء ذلك فنصت على أنه «يمكن لكل شخص تضرر في حقوقه بسبب قيد أو تحوير أو ترقين جرى بدون سبب شرعي أن يحصل على إبطاله أو على تحويره، ولا يمكن إبطال أو تحوير أي

قيد كان من قيود السجل العقاري بدون قرار قضائي إلا إذا رضي بذلك خطياً ذوو العلاقة».

ويتضح من هذه النصوص أن القيود في السجل العقاري لا تتم إلا بعد التحري من أنها قد تمت بوجه حق وذلك حتى تكتسب الحجية المطلقة، وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: بالنسبة للقيود التي تجري لمصلحة المكتسب الأول، يجب أن يتم القيد طبقاً للأصول وأن يجري بوجه حق. فإن لم يتوفر له ذلك فإنه لا تكون له قوة ثبوتية مطلقة، ويعتبر القيد مخالفاً للأصول إذا أجري بدون حق، بمعنى أن السند الذي اعتمد أساساً للتسجيل كان معدوماً أو غير ملزم أو لا قيمة قانونية له، كالوكيل المعزول بتاريخ سابق للبيع، وحالة الوكالة المزورة، أو حالة انتحال هوية المالك. وكذلك تشمل الأشخاص الممنوعين قانوناً من الشراء أو البيع (م ٣٧٨ موجبات وعقود وما بعدها).

بالجملة نستطيع أن نقول القيد المخالف للأصول والذي أجري بدون حق يشمل كل مخالفة تقع في عملية القيد وتؤدي بالتالي إلى اعتبار القيد جارياً دون حق سواء كانت مخالفة القانون متوافرة في جانب المتفرغ أو في جانب المكتسب»[١].

وعندما يكون القيد قد جرى بدون حق لمصلحة مكتسب أول لم يعط المشرع أية أهمية لمسألة حسن النية أو سوئها لدى هذا المكتسب بل اعتبر أن القيد قد جرى خلافاً للأصول بمعزل عن ذلك ويمكن بالتالي لمن تضرر من عملية القيد أن يدعي بطلانها في جميع الأحوال[٢].

المرحلة الثانية: القيود الجارية لمصلحة الغير.

وهذه المرحلة تتعلق بانتقال الحق المكتسب بالقيد إلى الغير، كمشتري جديد مثلاً. في هذه الحالة اشترط المشرع أن يكون اكتساب الملكية بالقيد في السجل العقاري مبنياً على حسن النية.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٥٠١ وما بعدها.

(٢) عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ٦٩.

وذلك ليكتسب المشتري الحق العيني بالقيد في هذه الحالة يجب أن يكون حسن النية. ولذلك يجب أن نفرق في هذه الحالة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان المشتري عالماً بالسبب أو العيب الذي يشوب حق سلفه المكتسب بالقيد فإنه يكون سيء النية ويجوز للمتضرر من القيد بدون سند شرعي أن يحصل على إبطاله (م ١٥ من القرار).

الفرض الثاني: إذا كان المشتري غير عالم بالسبب أو العيب الذي يشوب حق سلفه المكتسب بالقيد فإنه يكون حسن النية، ويقر في مكتسبه ولا يمكن الادعاء بوجهة بالبطلان[1] وهنا يتمتع القيد بالسجل العقاري بالحجة الكاملة.

ثانياً ـ انتقال الملكية من وقت التسجيل:

تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير من وقت التسجيل وفقاً للرأي السائد فقهاً وقضاء.

ولكن هناك بعض الفقهاء[2]، كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الجديد[3]، يقولون بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين أما بالنسبة إلى الغير فإن الملكية تنتقل من وقت التسجيل، وخاصة بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣.

ويستند هذا الرأي إلى عدة حجج أهمها ما يلي:

١ ـ استندوا إلى أن القانون قرر أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ولم يقرر أنها تنتقل من وقت التسجيل وهذه حجة لفظية لا ترتب أي أثر قانوني.

٢ ـ وقد استندوا إلى الشرط الواقف لتأصيل هذا الرأي، فقالوا أن الالتزام بنقل الملكية معلق على شرط واقف هو التسجيل، ومقتضى عمل الشرط الواقف أنه يكون بأثر رجعي.

---

(١) عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) نفس المرجع ص ٧١.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥١٩ وما بعدها.

في الحقيقة إن الشرط الواقف كوصف للالتزام هو أمر خارجي عارض تضيفه الإرادة إلى الالتزام بعد أن يستوفي أركانه وعناصر تكوينه وهذا لا يصدق على شرط التسجيل، الذي يعتبر في الواقع شرطاً قانونياً لنقل الملكية وبالتالي ليس له أي أثر رجعي.

واستندوا إلى فكرة الأثر الرجعي لتفسير اكتساب المشتري لثمار المبيع في الفترة بين العقد والتسجيل. والواقع أن حق المشتري في الثمار لا يستلزم القول بأن المشتري كان مالكاً في الفترة التي يستحق فيها الثمار. فاستحقاق الثمار لا يرتبط بالملكية دائماً وأساسه هنا التزام البائع بالتسليم الذي ينشأ عن البيع بمجرد انعقاده أي حتى قبل التسليم[1].

في الواقع إن فكرة الأثر الرجعي تعتبر من قبيل المجاز القانوني، ولذلك لا يفضل الالتجاء إليها على مستوى السياسة التشريعية أو من ناحية الصياغة القانونية. وفي جميع الأحوال التي اعتمد فيها المشرع فكرة الأثر الرجعي قد أورد عليها الاستثناءات كادت أن تهدر القاعدة ذاتها. ولذلك نحن نرجح الرأي الذي يذهب إلى عدم استناد أثر التسجيل إلى الماضي لأن ذلك يتفق مع حقائق الأشياء، علاوة على أن فكرة الأثر الرجعي لا تستجيب لأي اعتبارات عملية، كما أنه لا يترتب عليها آثار قانونية ذات شأن[2].

ثالثاً - العبرة بالأسبقية في التسجيل عند التزاحم:

رأينا أن الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل البيع الصادر من صاحب الحق. ويترتب على ذلك أن هناك فترة زمنية تمضي بين إبرام البيع وتسجيله. وفي أثناء هذه الفترة قد يقدم البائع على التصرف في نفس العقار إلى مشتر ثان ويقوم هذا

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧١ ص ١١٦ وانظر في تفصيل ذلك السنهوري، فقرة ٢٨٠ ص ٥١١ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ س ٢٩ ص ١٥٧٠، حيث قضت المحكمة بأن «الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، كما أن الأصل أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر ونقله وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي» ١٩٨٢/٥/٢٤ س ٣٣ ص ٥٩٠.

الأخير بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول. فإن الأفضلية تكون للمشتري الثاني الذي سبق إلى تسجيل عقده ولو أن عقده كان لاحقاً على عقد الآخر.

ويشترط لتحقق هذا التزاحم أن يكون البائع لهما واحد[1]، وأن يكون التصرف منصب على نفس العقار[2] وأن يكون كل من العقدين حقيقياً فإذا كان أحدهم صورياً فلا يقوم التزاحم حيث إن العقد الصوري لا وجود له[3] لكن هل يشترط علاوة على الأسبقية في التسجيل حسن النية حتى يفضل المشتري الثاني على المشتري الأول؟ ولكن ما المقصود بحسن النية في هذا الصدد؟ وهل يكفي مجرد حسن النية أم يشترط التواطؤ؟ وعلى ذلك فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

أولاً: ألا يكون المشتري الثاني عالماً بوجود التصرف السابق. فإذا كان عالماً به يكون سيء النية.

ثانياً: لا يكفي مجرد العلم بسبق التصرف، بل يلزم لكي يعتبر المشتري الثاني مفضلاً أن لا يكون متواطئاً مع البائع للإضرار بالمشتري الأول.

وهناك تناسب عكسي بين حجية التسجيل واشتراط حسن النية. فإذا اشترط حسن النية كانت حجية التسجيل في أدنى درجاتها. وإذا اشترط التواطؤ زادت حجية التسجيل، وإذا لم يشترط حسن النية أو التواطؤ كان للتسجيل حجية مطلقة، فماذا أخذ به القانون؟

انعقد الإجماع تقريباً، في الفقه والقضاء[4]، في ظل قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ على أن مجرد علم المشتري الثاني بسبق البيع للمشتري الأول لا يؤثر على صحة التسجيل، وبالتالي تنتقل الملكية للمشتري الثاني الذي سجل عقده. وأساس ذلك أن البائع حين تصرف في العقار مرة ثانية كان يتصرف فيما يملك لأن الملكية تنتقل بالتسجيل وأن المشتري الأول لم يكن قد سجل عقده.

(١) نقض ٢٦/٦/١٩٨٧ الطعن رقم ١١٣٥ س ٥٣ ق.

(٢) نقض ٢٠/١٢/١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٣٣٦، ٢٧/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٣٤٩.

(٣) نقض ٢١/٥/١٩٧٠ س ٢١ ص ٨٨٦.

(٤) انظر أنور سلطان، فقرة ١٨٢ ص ٢١٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٢ ص ١١٩.

وانحصر الخلاف حالياً بين رأيين، الرأي الأول يرى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية، أي مجرد العلم بسبق التصرف، لصحة التسجيل، فإنه يشترط عدم التواطؤ. الرأي الثاني يذهب إلى أنه يجب تفضيل المشتري الثاني الذي سجل عقد أولاً، حتى لو كان سيء النية، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع[1].

وقد استقر الأمر بسيادة الرأي الأخير بعد حكم محكمة النقض الشهير الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٣٥[2] وبذلك تكون محكمة النقض أعطت للتسجيل حجية شبه مطلقة قلما تتوافر إلا بصدد التسجيل العقاري أو العيني. ولم يعد للمشتري الأول من ضمانة إلا طبقاً للقواعد العامة، ومطالبة البائع بالتعويض، وهو حكم بمبلغ من النقود سيتعرض فيه المشتري لمزاحمة باقي الدائنين. فإذا تسنى له الحصول على حقه لأن البائع كان موسراً كان بها. فإذا كان البائع معسراً وكان البيع المسجل هو الذي سبب إعسار أو زاد فيه، جاز للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البوليصية لا بقصد تثبيت ملكيته في العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له. وسوف يتعرض بطبيعة الحال لمزاحمة باقي الدائنين على ثمن العقار[3].

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا القضاء لاعطائه للتسجيل حجية شبه مطلقة في ظل نظام الشهر الشخصي مما لا يتفق وطبيعة هذا النظام[4].

ثم جاء قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ دون أن يحسم هذه المسألة وبذلك ظل باب الاجتهاد مفتوحاً من جديد.

فذهب رأي إلى أن مجرد علم المشتري الثاني بسبق التصرف يحول دون تفضيله على المشتري الأول وذلك على أساس نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري، والمادة ١٥ من نفس القانون[5].

---

(١) انظر في عرض تفصيلي لهذه الآراء أنور سلطان، فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ وما بعدها.
(٢) مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥.
(٣) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤٢.
(٤) نفس المرجع فقرة ٢٨٩ ص ٥٤٤.
(٥) أنور سلطان، فقرة ١٨٣ ص ٢١٩، ٢٢٠.

وذهب رأي آخر إلى أن حسن النية ليس مشترطاً لصحة التسجيل، ولكن التواطؤ يفسده[1].

ثم تصدت محكمة النقض لهذه المسألة بعد هذا القانون ورفضت كل من الرأيين السابقين واستمرت في قضائها السابق وهو أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطهما[2].

واستمر الفقه الرافض لهذا القضاء في رفضه له على أساس أن الرأي الذي اعتنقه القضاء تناهضه الاعتبارات العلمية[3]، ولا تنهض به الاعتبارات العملية[4].

وقد استقرت محكمة النقض على أن إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين في شأن عقار واحد يكون على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله[5]. وهذا الرأي سيكون أكثر اتساقاً مع أحكام

---

(١) السنهوري، فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ وما بعدها.

(٢) نقض ١٣/٥/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ ومن الفقهاء من يؤيد هذا القضاء انظر عبد المنعم البدراوي، فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ وفقرة ٢١٩ ص ٣٤٠. محمد علي إمام، فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ ـ ص ٢٩٩ إسماعيل غانم، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٣ ـ ٩٤، وجميل الشرقاوي البيع ص ١٨٠ رسالة البطلان فقرة ٥٤ هامش ١٥٧ مشار إليهم في السنهوري، فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ هامش ١، ويبشر الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٢ ص ١٢٥، ١٢٦، باستقرار هذا القضاء وخاصة وأنه هو الرأي الذي استقر قبل قانون الشهر العقاري.

(٣) السنهوري، فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٢.

(٤) نفس المرجع ص ٥٥٣ وانظر أيضاً في انتقاد عدم كفاية العلم وضرورة اشتراط التواطؤ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ١٠٤ وما بعدها ص ١٦٧ وما بعدها شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثامنة ١٩٥٨ ـ ١٩٥٩ ص ٦٣ وما بعدها.

(٥) نقض ١٥/٣/١٩٦٩ س ١٧ ص ٢٩٥، ٧/٤/١٩٧٠ س ٢١ص ٥٨١ ولم تهدر محكمة النقض العقد الذي سجل أولاً إلا في حالة ما يكون عقداً صورياً. نقض ٢٨/١١/١٩٨٥=

القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ والخاص بالسجل العيني وخاصة بعدما وضع موضع التطبيق في بعض المحافظات.

في القانون اللبناني:

ثارت نفس المشكلة وطرحت نفس الآراء[1] وإن كان الفقه يميل إلى تفضيل المشتري الثاني الذي سجل عقده ولو كان متواطئاً مع البائع للإضرار بالمشتري الأول وذلك لأن هذا الرأي يتفق أكثر مع طبيعة السجل العقاري الذي يأخذ به القانون اللبناني[2].

ونحن نميل إلى الرأي السائد فقهاً وقضاءً وهو الاعتداد بتسجيل المشتري الثاني ولو كان ناتج عن تواطؤ أو تدليس مع البائع وذلك لإعطاء التسجيل حجية كاملة. ولكن في نفس الوقت نرى أنه يلزم أن تيسر إجراءات التسجيل حتى نقلل من هذه الظاهرة، وأن نحاول أن نوجد ضمانات خاصة للمشتري الأول علاوة على ما له من ضمانات في القواعد العامة، وأن تتسم هذه الضمانات الخاصة بالسرعة والفاعلية اللازمة، وبذلك نحقق التوازن بين المصالح المتعارضة وفي نفس الوقت ندعم الثقة والاطمئنان في التعامل في المجال العقاري.

- تنازع المشتري من الوارث مع المشتري من المورث:

القاعدة أن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل.

وتطبيقاً لهذه القاعدة نجد أن في البيع غير المسجل تبقى الملكية على ذمة البائع. وبناء على ذلك إذا مات البائع قبل التسجيل فإن ملكية العقار المبيع تنتقل إلى ورثته. أما إذا مات المشتري قبل التسجيل فإن الملكية لا تنتقل إلى ورثته، ولكن يستطيع هؤلاء الورثة مطالبة البائع أو ورثته بنقل ملكية المبيع وأن يرفعوا

= الطعن رقم ٥٤٩ سنة ٥٢ ق، ١٢/١/١٩٨٦ الطعن رقم ١٦٨٤ سنة ٥١ ق.

(١) عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) نفس المرجع ص ١٤٠ وما بعدها، وبعض الفقهاء يأخذ مجرد العلم لتوفر سوء النية وبالتالي إبطال التسجيل. توفيق فرج، فقرة ١١٩ ص ٢٤٠.

على أي منهم دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع على النحو السابق بيانه.

ولذلك يمكن أن نواجه الفرض الآتي: أن يموت البائع قبل التسجيل فتنتقل ملكية العقار المبيع إلى وارثه، ويبيع هذا الوارث العقار إلى مشتر آخر. وبذلك يقع التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. والمعيار الفاصل في فض هذا التنازع هو التسجيل. فإذا شهر الوارث حق الإرث وسجل المشتري منه عقد شرائه انتقلت إليه الملكية ومن ثم يفضل المشتري من المورث.

لكن إذا أشر المشتري من المورث، باعتباره دائناً للتركة، بدينه طبقاً لأحكام المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث، كان له أن يحتج بحقه كمشتر على المشتري من الوارث، ثم عليه أن يشرع بعد ذلك في مطالبة المشتري من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض فإذا ما حصل على حكم بطلبه سجله فانتقلت إليه الملكية[1] فإذا لم يفعل شيئاً من ذلك فضل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده.

في حالة إذا ما تسلم المشتري من المورث العقار المبيع، فإن عقد البيع الذي في يده لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي، لأنه صدر من مالك، والسبب الصحيح يجب أن يكون صادراً من غير مالك، كما أنه لم يسجل عقده، ويشترط في السبب الصحيح أن يكون مسجلاً، ومع ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من اكتساب ملكية العقار بالتقادم بالمدة الطويلة إذا توافرت شروطه وفي هذه الحالة يكون سبب اكتساب الملكية التقادم لا عقد البيع[2].

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٧١ ص ٤٨٤، نقض ١٨/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٥٧ واعتبرت المحكمة أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل إشهار حق الإرث يغني عن التأشير مرة أخرى بذات حق على هامش حق الإرث الذي يتم شهره فيما بعد، على أساس أن التسجيل إجراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التي تغياها المشرع من التأشير الهامشي.

نقض ٦/٥/١٩٨١ س ٣٢ ص ١٣٩٦، نقض ٩/٢/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٤٦١.

(٢) السنهوري، فقرة ٢٧١ ص ٤٨٥.

الفصل الثاني: الالتزام بالتسليم

ـ تمهيد وتقديم:

الالتزام بتسليم المبيع ينشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم ينص عليه فيه لأنه من مقتضياته[1]. ويجب على البائع أن يسلم للمشتري المبيع وملحقاته بصرف النظر عما إذا كانت الملكية انتقلت أم لا[2]. والالتزام بالتسليم يعتبر من مقتضيات العقود الناقلة بصفة عامة. وهو يعتبر من مقتضيات عقد البيع لأنه يتفرع عن التزام البائع بنقل الملكية. وهذا الالتزام يقترن به أيضاً الالتزام بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٦ مدني مصري بقولها أن «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم». ويعتبر الالتزام بتسليم المبيع التزاماً بتحقيق نتيجة بينما الالتزام بالمحافظة عليه يعتبر التزاماً ببذل عناية.

وتتجلى أهمية تسليم المبيع في أنه ينقل تبعة الهلاك إلى المشتري، حيث أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصري على لا خلاف القانون الفرنسي واللبناني. كما أن بتسليم المبيع يستطيع المشتري الانتفاع بالمبيع فعلاً ويحول دون اكتساب الغير للمبيع بالحيازة. كما أنه يساهم في نقل الحق العيني إذا كان محله معيناً بالنوع عندما يتحقق به الإفراز وهو الفرض الغالب كما

---

(١) نقض ٣/ ٢/ ١٩٣٨ الطعن رقم ٧٣ سنة ٧ ق، ٤/ ٥/ ١٩٨٨ الطعن ٢٥٨٥ سنة ٥٥ ق.

(٢) نقض ١٧/ ٢/ ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ٤٥٣، وينتقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها. نقض ٢٨/ ٥/ ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٤٦١ ع ٢٠، ٩/ ٢/ ١٩٨٦ الطعن رقم ١٧٦٨ سنة ٥٢ ق، ١/ ٢/ ١٩٨٧ الطعن رقم ١٠٤٤ سنة ٥٤ ق، ٤/ ٥/ ١٩٨٨ الطعن رقم ٢٥٨٥ سنة ٥٥ ق.

رأينا. وأخيراً فإنه يترتب على التسليم، عندما يكون المبيع مثمراً، أن يثبت للبائع الحق في الفوائد القانونية على الثمن (م ٤٥٨/ ١ مدني).

ولدراسة هذا الالتزام نعرض أولاً لنطاقه وتنفيذه، ثم نبين بعد ذلك عدم تنفيذ الالتزام وأثره.

المبحث الأول: نطاق الالتزام وتنفيذه

وسنبين على التوالي نطاق هذا الالتزام، ثم بعد ذلك نعرض لكيفية تنفيذه.

المطلب الأول: نطاق الالتزام

وهنا سنعرض لما يشمله الالتزام بالتسليم، الشيء، والملحقات وما تفرضه بعض القوانين من التزام بالتبصير.

أولاً ـ الشيء:

وهنا سنعرض لتحديد المبيع، ثم نبين الحالة التي يجب أن يسلم عليها المبيع، وأخيراً نعرض لمقدار المبيع، لنقف على أثر العجز أو الزيادة في مقدار المبيع.

١ ـ تحديد المبيع:

وتحديد المبيع يختلف باختلاف الشيء الذي يلزم تسليمه:

ـ فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، فإنه يجب على البائع أن يسلم للمشتري شيئاً من نفس النوع وبنفس المقدار المتفق عليه. وإذا اتفق على درجة جودته وجب تسليم الشيء من الدرجة المتفق عليها، وإذا لم يتفق فتستخلص درجة الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك التزم البائع بتسليم شيء من صنف متوسط الجودة (م ١٣٣/ ٢ مدني).

ـ وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإنه يجب على البائع تسليم ذات الشيء المتفق عليه ولا يجوز له أن يسلم إلى المشتري شيئاً آخر بدون موافقته، فإذا وافق المشتري على ذلك فإننا نكون بصدد وفاء بمقابل.

(٢) الحالة التي يجب تسليم المبيع عليها:

تنص المادة ٤٣١ مدني مصري على أن «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع».

وتنص المادة ٤١٤ موجبات وعقود لبناني على أنه «يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته».

وهذه القاعدة من القواعد المكملة لإرادة الأطراف ولذلك يجوز الاتفاق على خلافها، فيمكن الاتفاق على تسليم المبيع في حالة جيدة أو في حالة مطابقة للعينة[1].

وتتعين حالة المبيع وقت البيع بحسب طبيعة الشيء محل التسليم، فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإن البائع يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة التي تعين على تحديد حالة الشيء وقت البيع، كتعيين حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، ومشتملات العين، ودرجة جودتها وغير ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع. وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري، ما لم يوجد اتفاق خاص على غير ذلك. فإذ كان المبيع مقرراً له حق ارتفاق فلا يجوز للبائع إلغاء هذا الارتفاق، إذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين، إذا كان المبيع أرضاً عليها قيود تنظيم، كالارتفاع إلى حد معين أو البناء بشكل معين فإن البائع يسلمها للمشتري بالحالة التي كانت عليها.

ويجب على البائع أن يحافظ على الشيء حتى يسلمه بحالته فلا يجوز له إجراء أي تغيير فيه سواء كان التغيير مادياً، كأن يهدم جزء من المنزل، أو معنوياً، كأن يرهن المنزل[2].

---

(١) نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٩٩، الاختلاف الطفيف بين العينة والبضاعة لا يؤثر. نقض ١٩٥٩/١١/١٢ س ١٠ ص ٦٥٩.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٣٢.

- وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، كالبضائع مثلاً، فإنه يجب أن يسلمها من المنشأ، والماركة، أو الصنف، وكل الخصائص المميزة لها والمقدار بحسب ما هو متفق عليه وبالنسبة لجودة الشيء فإنها تعتبر عنصراً هاماً في تحديد حالة المبيع فإذا كان متفق عليها وجب الالتزام بذلك[1]، وإذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملابسة، فإذا لم يوجد وجب تسليم المبيع متوسط الجودة.

- وعندما يكون هناك اتفاق على تسليم المبيع على دفعات متتابعة فإن حالة المبيع تحدد بالنسبة للمجموع إذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة بالنسبة للأداءات المختلفة. والأمر يكون على خلاف ذلك إذا كانت الصفقة تقبل التجزئة.

- إذا حدث تغير في حالة المبيع بأن هلك الشيء المعين الذي انعقد عليه البيع أو أصيب بعيب قبل التسليم فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

- إذا حدث ذلك بفعل أو خطأ ارتكبه البائع حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته. وإذا كان المبيع من المثليات فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً دون إخلال بحق المشتري في المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى (م ٤١٥ موجبات وعقود لبناني).

- إذا حدث ذلك بفعل أو خطأ من المشتري كان ملزماً باستلامه على حالته ويدفع ثمنه كاملاً (م ٤١٦ موجبات وعقود لبناني).

٣ - مقدار المبيع:

تنص المادة ٤٣٣ مدني مصري على أنه "١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا

(١) إذا كان البائع التزم بوضع ماركة معينة فإنه يجب أن يفعل ذلك
com. 9 juil, 1957, Bul. III no 221
وإذا كان البائع قد التزم بتوريد كمية من صاج وفق عينة موجودة ومختومة من الطرفين وتحت يد المشتري فإنه يجب أن يقوم بذلك.
نقض ١٩/ ٤/ ١٩٥١ الطعن رقم ١٠٦ سنة ١٩ ق.

أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد» «٢ ـ أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشتري، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه».

وتنص المادة ٤٣٤ مدني مصري على أنه «إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً»[1].

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٢٢ موجبات وعقود على «أن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه في العقد مع مراعاة التعديلات الآتي بيانها: تنص المادة ٤٢٣ موجبات وعقود على أنه «إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية، وجب على البائع أن يسلم إلى المشتري عند تشبثه، الكمية المعينة في العقد. وإذا لم يتمكن من ذلك أو لم يتشبث به المشتري، تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن» «أما إذا وجد المحتوى زائد عما هو معين في العقد وكانت الزيادة على المحتوى المعين جزءاً من عشرين فللمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع عن العقد».

م ٤٢٤ موجبات وعقود تنص على أنه «إذا كان عقد الشراء في الأحوال المبينة في المادة السابقة يقضي بالرجوع إلى مدرجات خرائط المساحة فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به».

---

(١) هذا النص لا ينطبق إلا حيث يوجد عجز أو زيادة في المبيع بمعنى يكون البيع قد تناوله، أما ما يضع المشتري يده عليه من أطيان البائع مما لا يدخل في عقد البيع فإنه يعد مغتصباً له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه في هذه المادة.
نقض ١٨/٥/١٩٦٧ س ١٨ ص ١٠٣٠.

م ٤٢٥ موجبات تنص على أنه «إذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متميزة مستقلة سواء بدىء بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده، فإن بيان القياس لا يخول البائع حق استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً».

م ٤٢٦ موجبات وعقود تنص على أنه «في جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه، ونفقات العقد أيضاً».

م ٤٤٧ موجبات وعقود تنص على «أن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقاما في خلال سنة تبتدىء من يوم التعاقد، وإلا سقط الحق في إقامتها.

ولدراسة هذه النصوص سنحاول أن نعرض للفروض والحالات المختلفة التي تعالجها على النحو الآتي:

الفرض الأول: إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات تم تعيين ذاتيته دون التعرض لمقداره. مثال ذلك بيع قطعة أرض دون أن تذكر مساحتها. في هذه الحالة يلتزم البائع بتسليم الأرض المحددة دون أن يسأل عن مقدارها. فإذا ظهر أن المساحة أكثر مما يعتقد البائع فلا يجوز له أن يطلب زيادة في الثمن، فإذا كانت المساحة أقل مما كان يعتقد المشتري فلا يجوز له أن يطلب إنقاص الثمن (م ٤٢٥ موجبات وعقود) ولكن هنا لا يحول دون رجوع أي منهما على الآخر على أساس الغلط في المبيع إذا توافرت شروطه[1].

الفرض الثاني: إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات قام المتعاقدان بتعيين ذاتيته وتحديد مقداره. كما لو بيعت أرض معينة بحدودها وذكر في العقد أن مساحتها ٤٥٠٠ متر مربع، أو بيع السكر الموجود في مخزن معين وذكر في العقد أنه ٥٠ طن ثم يظهر أن مقدار المبيع يختلف زيادة أو نقصاً عن المقدار المتفق عليه، فما هو الحكم؟ لمعرفة الحكم في هذا الفرض يجب أن نفرق بين حالتين:

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٣٢.

الحالة الأولى: حالة نقص المبيع:

إذا وجد نقص في المبيع، فإن حكمه يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين، فإذا وجد اتفاق خاص بصدده وجب إعمال الاتفاق. فإذا لم يوجد اتفاق فالمرجع إلى العرف فإذا كان العرف جرى بخصوص هذا المبيع على التجاوز عن قدر معين من العجز فالبائع لا يلتزم بشيء في مواجهة المشتري إذا العجز لم يتجاوز هذا القدر المتسامح فيه. فإذا كان العجز محسوساً لا يتسامح فيه، أو لم يوجد عرف أصلاً، كان الخيار للمشتري بين فسخ العقد وإنقاص الثمن[1] ولكن طلب المشتري الفسخ لنقص في المبيع مقيد بأن يثبت أن هذا النقص قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد، ومعيار الجسامة هنا معيار شخصي ينظر في تقديرها إلى شخص المشتري. وإذا طلب المشتري إنقاص الثمن لنقص في المبيع فإنه لا يلزم أن يكون هناك تناسب بين الإنقاص في الثمن والعجز في المبيع وإنما يمكن أن يزيد الإنقاص في الثمن عن ذلك على سبيل تعويض المشتري عن الأضرار التي قد تكون قد لحقت به نتيجة قبوله شيء أقل مما رغب فيه.

وهذا الحكم ينطبق سواء كان المبيع يقبل التبعيض أو لا يقبله، وسواء كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة.

في القانون اللبناني:

إذا كان هناك نقص في مقدار المبيع عما هو متفق عليه كان للمشتري أن يطلب من البائع تكملة القدر المتفق عليه متى كان ذلك ممكناً. وللمشتري أن

(١) إذا كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التي تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذي يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لإثارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض. نقض ١٩٥٧/٥/١٦ س ٨ ص ٤٧٩ ـ مؤدى نص المادة ١/٤٣٣ مدني أن البائع يضمن للمشتري القدر الذي تعين للمبيع بالعقد دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة، بل جعل المشرع للمشتري الحق في هذا الضمان إذا وجد عجزاً في المبيع يطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين في العقد. نقض ١٩٧٠/١١/٣ س ٢١ ص ١١٠٥.

يطلب ذلك أياً كان مقدار العجز في المساحة.

فإذا لم يطلب المشتري ذلك أو إذا كانت التكملة غير ممكنة، تعين على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن (م ٤٢٣ موجبات وعقود) لكن هل للمشتري الرجوع عن العقد في هذه الحالة؟ سبب هذا التساؤل يرجع إلى أن المشرع قد أعطى المشتري هذا الخيار في حالة الزيادة عن قدر معين. وطبقاً لقواعد التفسير فإنه لا يمكن إعطاءه هذا الحق عند سكوت المشرع عنه في هذه الحالة بالمقابلة للحالة الأخرى.

وبالرغم من ذلك أنه قد يتضح أن المبيع بحالته هذه قد لا يصلح للغرض الذي يرغب المشتري في تخصيصه له، فهل يجبر المشتري مع ذلك على الشراء مكتفياً في ذلك بإنقاص الثمن؟ يذهب الفقه الفرنسي إلى أن للمشتري في هذه الحالة طلب إبطال العقد استناداً إلى أحكام الغلط إذا توافرت شروطه كما أنه يمكن أن يعطي له الحق في طلب الفسخ في هذه الحالة قياساً على أحكام الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي، م ٤٣٧ وجبات وعقود، متى كان العجز في المبيع من الجسامة بحيث يمتنع عن الشراء مع وجوده[1] وهذه حلول يمكن الاستهداء بها في القانون اللبناني لمواجهة هذا الفرض.

وإذا كان العقد يقضي بالرجوع إلى مدرجات خرائط المساحة وذلك بقصد التحقق من القدر المعين في العقد مطابق لما هو ثابت في سجلات المساحة، فإذا ثبت أن هناك نقصان ولكنه لم يتجاوز القدر المسموح به فلا وجه لإنقاص الثمن. أما إذا كان يتجاوز القدر المسموح به فتطبق الأحكام السابقة، (م ٤٢٤ موجبات وعقود).

الحالة الثانية - حالة زيادة المبيع :

القول الفصل في هذه الحالة هو إرادة المتعاقدين، فإذا كان هناك اتفاق خاص بينهما في خصوص هذه الحالة وجب العمل به، فإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى العرف، فإذا لم يوجد هذا أو ذاك فإنه يجب أن نفرق بين ما إذا كان

(١) انظر في تفصيل أكثر توفيق فرج، فقرة ١٤٤ ص ٢٩٠.

الثمن مقدراً بحساب الوحدة، أو مقدراً جملة واحدة.

- إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعيض، فالزيادة للبائع، كما لو بيع السكر الموجود بالمخزن على أنه مائة طن واتضح أنه مائة وعشرة، فيأخذ المشتري القدر المتفق عليه ويترك الباقي للبائع[1] ولا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بتسليم كل الكمية الموجودة في المخزن مقابل زيادة الثمن والعكس صحيح لا يجوز أيضاً للبائع إلزامه بذلك مع الزيادة.

أما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعيض أصلاً أو لا يقبل التبعيض إلا بضرر للبائع، كبيع ذبيحة على أنها مائة كيلو واتضح أنها مائة وعشرون، أو بيع قطعة أرض على أنها ٤٠٠ متر مربع وأتضح أنها ٤٥٠ متر مربع في هذه الحالة يجب على المشتري أن يكمل الثمن ما لم تكن هذه الزيادة جسيمة بحيث لو علم بها عند الشراء لما أتم العقد فيجوز له عندئذ أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني مصري).

- إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، كبيع السكر الموجود في المخزن والبالغ قدره عشرون طناً بعشرة آلاف جنيه ثم اتضح أنه أكثر من عشرون طناً، هنا يأخذ المشتري المبيع كله دون أن يلتزم بزيادة الثمن[2] ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

في القانون اللبناني:

إذا كان هناك زيادة في المبيع المعين في العقد ما يعادل جزء من عشرين،

---

(١) إذا استولى المشتري على الزيادة عن القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائد عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسري في شأنها التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٤٣٤ مدني. نقض ٢٧/١١/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٧٧٧.

(٢) ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان في يد البائع وكان بوسعه أن يعرف مقداره فإذا قصر في ذلك، وباعه بثمن مقدر جملة واحدة، فليس له أن يحتج بتقصيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع السنهوري، فقرة ٢٩٩ ص ٥٧٤ هامش ١.
نقض ٢٨/٣/١٩٦٣ س ١٤ ص ٤١٧.

كما إذا كانت المساحة ٢١٠ متراً بدلاً من ٢٠٠ متر التي ذكرت في العقد ـ كان الخيار للمشتري بين أداء الزيادة في الثمن وبين الرجوع عن العقد حتى لا يجبر المشتري على صفقة قد لا تكون في حدود إمكاناته المادية، ويكون له هذا الخيار من باب أولى إذا كانت الزيادة أكثر من ١/ ٢٠. أما إذا كانت الزيادة لم تصل إلى هذا القدر فإن السائد في فرنسا أن المشتري يدفع هذه الزيادة دون أن يكون له الرجوع عن العقد، وخاصة وأن الثمن مقدر بسعر الوحدة مما يستلزم أن يكون متفقاً مع عدد الوحدات التي يتضمنها المبيع[1].

وإذا كان عقد الشراء يقضي بالرجوع إلى مدرجات خرائط المساحة فلا وجه لرفع الثمن في حالة زيادة المبيع إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس لا يتجاوز القدر المتسامح به (م ٤٢٤ موجبات وعقود).

وكل هذه الأحكام في القانون اللبناني تعتبر مكملة للإرادة بمعنى يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها.

وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع (désistement) عن العقد، يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً (م ٤٢٦ موجبات وعقود).

ـ تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته:

تسقط جميع الحقوق الناشئة عن العجز والزيادة بالتقادم، وهذه الحقوق تشمل حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو الفسخ، وحق البائع في طلب زيادة الثمن في الحدود السابق بيانها.

وجعل المشرع هذه الدعاى تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة وذلك حتى يتحقق استقرار المعاملات وتبدأ مدة السنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً لأنه هو الذي يهيىء للمشتري والبائع فرصة كشف حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع. وهذه المدة مدة تقادم لا سقوط حيث أن المشرع حسم الخلاف بصددها وبالتالي تخضع للوقف والانقطاع وسائر أحكام التقادم الأخرى.

(١) انظر في تفصيل أكثر توفيق فرج، فقرة ١٤٤ ص ٢٩٢.

في القانون اللبناني:

تسقط جميع الحقوق الناشئة عن العجز والزيادة إذا لم ترفع الدعوى بها في خلال سنة من يوم التعاقد. وتشمل هذه الدعاوى دعوى البائع لاستزادة الثمن، دعوى المشتري لتخفيض الثمن والرجوع في العقد استناداً إلى أحكام العجز أو الزيادة في المبيع.

والمدة هنا مدة سقوط حيث المشرع أكد ذلك بقوله «... وإلا سقط الحق في إقامتها..» وبالتالي لا تخضع هذه المدة للوقف والانقطاع.

ثانياً ـ الملحقات:

تنص المادة ٤٣٢ مدني مصري على أن «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤١٨ موجبات وعقود على أنه «موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته».

وتنص المادة ٤١٩ موجبات وعقود على «أن تسليم العقار يشمل أيضاً الثوابت الحكمية فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع».

وتنص المادة ٤٢٠ موجبات وعقود على أن «يشمل بيع الحيوان ١ ـ صغيرة الرضيع. ٢ ـ الصوف أو الشعر الذي حل ميعاد جزه».

وتنص المادة ٤٢١ موجبات وعقود على «أن المقومات (les valeurs) والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحسب داخلة في البيع إلا إذا نص على العكس».

وعلى ضوء هذه النصوص نحدد المقصود بالملحقات، ثم نبين تطبيقات لها بصدد العقار المنقول.

١ ـ المقصود بالملحقات (Accessoires):

لم يرد في التقنيات المختلفة، تعريف جامع مانع للملحقات وإنما المشرع قد يضع موجه عام لبيان ما يعتبر ملحقات للشيء (م ٤٣٢ مدني مصري، م ١٦١٥ مدني فرنسي) أو أنه يذكر أمثلة لذلك (م ٤١٩ ـ ٤٢١ موجبات وعقود لبناني).

فالتسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء (م ٤٣٢ مدني مصري، م ١٦١٥ مدني فرنسي) وظاهر النص يوحي بأن التسليم يشمل شيئين، الملحقات، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، ولكن هذا الظاهر لا يتفق مع قصد المشرع وهو أن الأمر لا يتعلق إلا بالملحقات، لأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء لا يعدو أن يكون ملحقاته.

في الواقع إن المرجع في تحديد الملحقات هو إرادة المتعاقدين، فما يتفق على إلحاقه بالمبيع يجب تسليمه معه أياً كانت أهميته بالنسبة إلى المبيع ـ فإذا لم يوجد اتفاق فيجب الرجوع إلى العرف لتحديد ما يلحق بالمبيع، فإذا لم يوجد عرف فيعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء.

ويمكن أن نستخلص من ذلك أن الملحقات تشمل كل ما يعتبر من المستلزمات الضرورية لاستعمال الشيء المبيع بحيث بدونها لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع.

ـ الحقوق والالتزامات:

تشمل الملحقات الحقوق العينية المقررة للشيء المبيع، كحقوق الارتفاق. ولكن على العكس قد يدق الأمر بالنسبة للحقوق الشخصية والالتزامات التي أنشأت من جانب البائع وتكون متعلقة بالشيء.

القاعدة العامة، وطبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، يعتبر المشتري خلفاً خاصاً للبائع وبالتالي يظل أجنبياً بالنسبة للاتفاقات التي أبرمها البائع مع شخص آخر وتكون متعلقة بالشيء المبيع. ولذلك لا تنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقات ما لم يكن البائع قد أحال له هذه الحقوق أو اتفق معه على التحمل

بهذه الالتزامات، أو نص القانون على أن بيع الشيء يستتبع انتقال العقود المتعلقة به. مثال ذلك ما تنص عليه قوانين الإيجار من انتقال عقود الإيجار إلى مشتري العقار، أو ما ينص عليه قانون العمل من انتقال عقود العمل إلى مشتري المؤسسة، أو ما ينص عليه قانون التأمين من أن التصرف في الشيء المؤمن عليه يستتبع نقل عقد التأمين إلى المشتري.

وقد حاول الفقه أن يستخلص من ذلك قاعدة عامة، فاقترح أوبري ورو[1] معيار موضوعي، وهو أن من الحقوق المتعلقة بالشيء ما ينتقل إلى المشتري إذا كانت من ملحقات الشيء. قد انتقد هذا التعبير لأن الحق الشخصي لا يعتبر من ملحقات الشيء[2] وأنه من غير المؤكد معرفة متى يعتبر حقاً أو التزاماً معيناً من ملحقات الشيء، فالأمر يتوقف على تفسير إرادة المتعاقدين. وقد فضل البعض استعمال معيار قصدي intentionnel، وهو أن حقوق والتزامات البائع تنتقل بقوة القانون إلى المشتري عندما يكون الشيء محل اعتبار عند تقريرها (intuitu rei) أي عندما يكون لمالك الشيء وحده مصلحة في استعمال هذه الحقوق، وأنه هو وحده الذي يكون بوسعه تنفيذ هذه الالتزامات عيناً[3].

وعلى هذا الأساس يكون من ملحقات الشيء وينتقل بانتقال الشيء إلى المشتري، حق المشتري في عدم المنافسة المقرر للبائع، يعتبر من ملحقات المتجر، ودعاوى الضمان التي للبائع ضد من باع له ودعوى المسؤولية ضد المقاول أو المهندس، كما أن هذه القاعدة امتدت إلى نطاق المسؤولية التعاقدية عن عدم التسليم، إذ يستطيع الخلف الخاص للمشتري أن «يرجع بدعوى عقدية مباشرة على المنتج عند عدم مطابقة الشيء للمواصفات المتفق عليها ويطالبه بالتعويض خلال المدة المقررة في القواعد العامة»[4].

وهكذا لم يعد هناك تفرقة بين الدعاوى «المرتبطة بالشيء» (الضمان،

---

(١) Droit civil français, 7 éd 1961 par P. Esmein S 176, no 169.

(٢) R. Rodière, note J.C.P. 1955, II. 8548.

(٣) J. Flour, J.L. Aubert, obligations T.I. 1990 no 443, no 447.

(٤) Assem. Plén-de la cour de cossation, 7 fév. 1986, sté produits céramiques de l'Anjou, B.A.P. no 2 1er arrêt, D.86.293, note crit. A. Bénabent, D. 87, Som 185 note. H. Groutel, J.C.P. 86.II.20616, note crit. Ph. Malinvaud, Gaz. Pal. 86.II.143 Rev. trim. dr. civ. 86.605 note. Ph. Rémy.

والمسؤولية عن عدم التسليم المطابق) وسلسلة العقود (chaînes contractuelles) المتجانسة (بائع - مشتري - خلف خاص للمشتري) وغير المتجانسة (مثل المقاول - البائع - الخلف الخاص للمشتري) إذ يكفي أن يكون الذي يمارس الدعوى هو مالك الشيء[1].

ويكون من ملحقات الشيء وينتقل بانتقال الشيء إلى المشتري، التزام البائع بمراعاة قيود معينة عند البناء، أو عدم المطالبة بالشفعة إذا ما بيع العقار المجاور.

ج- ثمار المبيع:

١- ثمار المبيع من وقت العقد تعتبر من ملحقاته. وقد نص المشرع ذلك صراحة في المادة ٢/٤٥٨ مدني بقوله «وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

وتنص المادة ٤١٧ موجبات وعقود على «أن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع، ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف».

وكما هو واضح فإن هذه النصوص تعتبر قواعد مكملة، أي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها. وعلى ذلك فإن الثمار تعتبر ملحقات الشيء أياً كان نوعها، طبيعية ككلأ المراعي ونتاج المواشي أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية، أو مدنية كالأجرة.

٢- تطبيقات:

وهنا يجب أن نفرق بين الملحقات في حالة بيع العقار وفي حالة بيع المنقول.

أ- في حالة بيع العقار:

ففي بيع العقار يعتبر من ملحقاته العقار بالتخصيص (م ٤١٩ موجبات وعقود) وحقوق الارتفاق المقررة للمبيع، مثل حق المرور والمجرى، وكذلك

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 308 p. 205.

الأوراق والمستندات المتعلقة به كمستندات الملكية وعقود الإيجار. ويعتبر من ملحقات المنزل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، كالأفران المثبتة في المطابخ، والمغاسل المثبتة في الحمامات، ولا يشمل المنقولات التي يمكن فصله عنه دون تلف، كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة واللوحات المعلقة[1].

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية، دخل في الملحقات حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص كما قدمنا، والمزروعات غير الناضجة. وإذا كان المبيع بستاناً، دخل في ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التي لم تنضج، ولا يدخل في الملحقات الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل[2].

وإذا كان المبيع مصنعاً، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات ومساكن العمال والمرافق المعدة لخدمتهم.

ب ـ في حالة بيع المنقول:

إذا كان المبيع حيواناً دخل في ملحقاته صغاره التي يرضعها، كما يشمل الصوف والشعر المهيء للجز (م ٤٢٠ موجبات وعقود)[3].

وإذا كان المبيع من الحيوانات كالخيول الأصيلة والكلاب، دخل من ملحقاتها الأوراق والوثائق المثبتة لأصل الحيوان لما في ذلك من أهمية لمقتنى هذه الحيوانات[4].

---

(١) تنص المادة ٢/٥٧٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أنه «فإذا لم يوجد اتفاق، وجب اتباع الأحكام الآتية، ما لم يقض العرف بغير ذلك: (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف. (ب) بيع الأرض الزراعية لا يشمل ما نضج من محصول. (د) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة، ولا يشمل الثمار الناضجة، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل (د) بيع الحيوان يشمل صغاره كما يشمل الصوف والشعر المهيء للجز» مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٤.

(٢) انظر المادة ٢/٥٧٢ من المشروع التمهيدي السابق ذكرها.

(٣) انظر المادة ٢/٥٧٢ من المشروع التمهيدي السابق ذكرها.

(٤) بالنسبة للحصان انظر

com 14 déc 1977, J.C.P. 78. IV. 53.

وبالنسبة لبيع السيارة فيدخل في ملحقاتها الرافع، والعجلة الاحتياطية، والرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية. وبالنسبة للماكينات الحديثة، كماكينة التصوير مثلاً، يدخل في ملحقاتها، الكتالوج الشارح لها ودفتر الصيانة[1].

وفي حالة بيع منقول يوجد بداخله أشياء ذات قيمة ثمينة، فإنها لا تعد من الملحقات إلا إذا اتفق على خلاف ذلك (م ٤٢١ موجبات وعقود) إذا باع شخص حقيبة وكان بداخلها بعض المجوهرات، فإن هذه المجوهرات لا تعتبر من ملحقات الحقيقة.

وفكرة الملحقات تختلف باختلاف الزمان والمكان. فمثلاً كان بيع الحاسب الآلي عند ظهوره يشمل كملحقات على الدوام تقريباً البرنامج الأساسي le logiciel de base أما اليوم فلم يعد كذلك[2].

ثالثاً ـ الالتزام بالتبصير[3]:

سبق أن رأينا أن المبيع يجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً. وهذا التعيين الكافي ينطوي بلا شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع. وهذا يفترض بطبيعة الحال أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً[4] ولكن كيف يتسنى كل ذلك لمشتر في الغالب ليس لديه خبرة تذكر بالنسبة لأشياء حديثة ذات تقنية متقدمة؟

إن المصدر الأساسي لهذا العلم والمعرفة بحالة المبيع هو المعلومات والبيانات وكل ما يتعلق بالمبيع التي بحوزة البائع أو المنتج ولذلك نجد أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي كان يشتمل على نص في غاية الأهمية

---

(١) انظر

Civ. 1,26 nov. 1981, Bull. I. no 352; civ. 1,29 nov 1994, Bull. I. no 355, D. 95. I.R. 20, J.C.P.95. IV, 292.

(٢) Ph. Malaurie, L.Aynès, op. cit, no 308 p 203 note 32.

(٣) انظر بصفة أساسية

J. Huet, les principaux contrats spéciaux, op. cit, no 11264 et, p. 214 et s; Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 309 et s p. 205 et s; F. collart- Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, 211 et s p. 173 et s; A. Bénabent, op.cit, no 198 et s, p. 123 et s.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٥٦.

وهو نص المادة ٥٧٣ من هذا المشروع، والذي ينص على أن «**يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء**» وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص، رغم أهميته في الوقت الحاضر، لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة[1]. ولذلك سنعرض لنطاق هذا الالتزام في القانون الحديث، ثم نبحث بعد ذلك عن الأساس الذي يمكن أن يرتكز عليه.

١ ـ نطاقه :

الالتزام بالتبصير يلتزم البائع بمقتضاه بإعلام المشتري بما يعرفه ولا يستطيع هذا الأخير أن يعرفه بنفسه[2].

ويتجلى هذا الالتزام بوضوح في العقود التي تبرم بصفة خاصة بين المهنيين والمستهلكين العاديين، هذا الالتزام نشأ في الأصل وطبق في مجال عقد البيع، مما يؤكد أن عقد البيع يعتبر النموذج الأول للعقود المسماة. وهذا الالتزام بدأت تزداد أهميته مع زيادة التقدم التقني المطرد في النصف الأخير من القرن العشرين، وقد أصبح من المستقر عليه فقهاً وقضاءً في الدول المتقدمة أن من حق المشتري أن يستعلم عن الشيء الذي سوف يكتسبه. ويمكن أن نستعين بالمثل الإنجليزي في هذا الصدد والذي يقول «emptor debet esse curisus» أي ينبغي على المشتري أن يكون فضولياً. وفي الوقت الحاضر قد وصل الأمر إلى حد تدخل المشرع في الدول المتقدمة، كفرنسا مثلاً، ليفرض على المهني التزام بتبصير المستهلك بكل المعلومات اللازمة عن طريق فرض نوعاً من الشكلية الدقيقة، عادة الكتابة، تتعلق بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع على النحو السابق بيانه في مطلع هذا الباب، كما أن القضاء من جهته قد فرض أيضاً على البائع، واجب الإعلام أو الإخبار، وقد وصل الأمر إلى حد فرض واجب النصيحة في بعض الحالات، مما أدى إلى توسيع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤٠ ص ٥٥ هامش ١.

(٢) انظر في هذا الموضوع

Christians, L'obligation d'information dans la vente de produits mobiliers, Thèse Paris II, Lauvain 1987; M.Fabre - Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Thèse Paris I, L.G.D.J. 1922.

نطاق الالتزام بالتسليم وجعله أكثر قرباً من الضمان. وتلزم المحاكم غالباً الأطراف بالتعاون. هذه هي الموضوعات الأساسية التي تحدد لنا نطاق هذا الالتزام، ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ واجب الإعلام أو الإخبار:

يجب على البائع، مهنياً أو غير مهني، إعطاء المشتري كل البيانات الضرورية عن الشيء المبيع (م ٥٧٣ من المشروع التمهيدي) وإخباره بكل المعلومات المفيدة التي بحوزته[١].

ويعتبر هذا الالتزام التزام ببذل عناية. ويقع هذا الالتزام بصفة خاصة على عاتق كل من المنتج والبائع المهني، إذ يجب عليهما وصف المُنتج وبيان طرق استخدامه[٢]، وإعطاء التحذيرات الضرورية الخاصة بهذا الاستخدام، لكن دون ضمان للنتيجة.

ويتدرج هذا الالتزام من حيث القوة، لدرجة أنه قد يصل إلى حد أن يصبح التزاماً بتحقيق نتيجة، بحسب عدة عوامل: ١ ـ خطورة أو حداثة المنتج المباع، أو صفة المهني أو المشتري، ولم يلتزم القضاء في هذه الأحكام مبدأ واحداً.

ـ ويبدأ الالتزام بالإعلام في القواعد العامة من الفرض العادي وهي أن الشيء غير خطير وأن المشتري من عامة الناس. ويتمثل هذا الالتزام في ضرورة إخطار البائع المهني المشتري بما يعرفه عن الشيء المبيع والذي ليس في إمكان هذا المشتري أن يعرفه بنفسه[٣]. أن القضاء قد ذهب إلى تقرير نفس هذا الحكم بالنسبة للبائع غير المهني[٤].

---

(١) انظر على سبيل المثال

Civ. 3,21 juil 1993, Bull. III, no 117, J.C.P. 93. IV. 247,

والذي قضى بأن «البائع لم يرتكب خطأ إذا لم يخطر المشتري بالمركز الحقيقي للعقار المبيع والذي ما زال غامضاً» إذا لم يكن يعرفه.

(٢) Com. 11 juil 1988, Bull. IV no 250; J.C.P. 88. IV. 343.

(٣) Civ.1, 3 juil 1985, Bull. I, no 211, Rev. trim. dr. civ. 56. 3688, J. Huet.

(٤) انظر في ذلك

Linant de Bellefands, et A. Hollande les contrats informatiques, 2^e éd. Délmas, 1989; =De Lambeterie, les contrats en informatique, Litec, 1983; P. et Y. Poullet, les

- وقد يبلغ الأمر أقصى مداه عندما يتعلق بشيء خطير وجديد في نفس الوقت ومشتري من عامة الناس، كما هو الحال بالنسبة للأدوية، فقد اعتبر القضاء أن التزام المنتج في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة[1]. لكن إذا كان الأمر يتعلق بشيء خطير فقط ومشترى من عامة الناس فإن التزام البائع المهني في هذه الحالة لا يقتصر فقط على التغليف المحكم والقوي ولكن أيضاً التحذير من خطورة الشيء[2] لكن في جميع الأحوال إذا كانت المعلومات قد أعطيت بطريقة مناسبة فإن المصنع لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث نتيجة عدم الاحتراز في استعمال الشيء[3].

وينكمش نطاق هذا الالتزام في حالة ماذا كان الشيء خطير والمشتري مهني من نفس تخصص المنتج وقادر على معرفة الشيء[4]. لكن عندما يكون الشيء جديد فإنه ينبغي على البائع أن يعطي للمشتري، ولو كان مهنياً، المعلومات المفيدة عن الشيء المبيع[5].

ويتلاشى هذا الالتزام في حالة ما إذا كان الشيء غير خطير وكان المشتري مهنياً من نفس تخصص المنتج[6]، إذ في هذه الحالة ليس هناك أي مسؤولية على هذا الأخير، وهذا راجع إلى أن الضرر الذي قد يحدث في هذه الحالة سيكون بالضرورة نتيجة عدم احتراز من جانب المشتري. ولكن إذا كان المشتري مهنياً

= contrats informatiques, in Droit et prat. du com. inter. 1982, p. 87-108, 237-309.

(١) Civ. 1, 11 juin 1991, aff. du Mobil-home, Bull. I, no 201, D. 93, som. 241, note O. Tournafond, J.C.P. 93. I. 3572, note G.Viney, Rev. trim. dr. civ. 92. 114, note. P. Jourdain.

(٢) Civ. 1, 14 déc. 1982, Bull. I, no 361, D. 83, I.R. 131, Rev. trim. dr. civ. 83-544, note G. Durry,

فإذا كان الأمر يتعلق بمنتج زراعي خطير بالنسبة للعين، فيجب على المصنع أن يعلن ذلك ولا يكفي الإشارة إلى طريقة الاستخدام مع التنبيه بتجنب اتصاله لمدة طويلة بالجلد.

(٣) Civ. 2, 21 juin 1982, Bull. II, bo 573.

(٤) انظر على سبيل المثال

Com. 8 janv. 1973, Bull. IV, bo 16.

(٥) Civ. 1, 4 mai 1994, Bull. I, no 153, D. 94, som. 236, note G. Paisant.

(٦) Civ. 1, 11 juin 1980, Bull. I, no 186, Rev. trim-dr-civ. 84. 734 note J.Huet, Rev. trim. dr. com. 81. 349, note J. Hémard.

ولكنه ليس من نفس تخصص المنتج فإنه يخضع لنظام المشتري من عامة الناس، لأنه لا يفترض فيه العلم بالشيء[1].

ب ـ واجب النصيحة بالنسبة للأشياء المعقدة:

ويتسع نطاق الالتزام بالتبصير إلى أقصى مداه ليصل إلى حد إسداء النصح إلى المشتري وذلك عندما يتعلق الأمر بأشياء معقدة من الناحية التقنية، وخاصة وأنها تكون ذات كلفة عالية وتحتاج إلى خبرة فنية متقدمة سواء قبل البيع أو بعده.

فإذا تعلق الأمر مثلاً بالحاسب الالي وبما يشمله من hardware (le matériel) و software (le logiciel)[2]، أو بجهاز أمن تليفزيوني[3] فإنه يجب على البائع[4] أن يعطي النصائح اللازمة حول شرائه واستعماله[5]، وهذه النصائح يتسع نطاقها كلما كان الجهاز أكثر تعقيداً والمشتري حديث عهد بهذه الأجهزة. ويلاحظ هنا أن المشتري يكون غالباً من المهنيين ولكنه ليس من نفس تخصص البائع.

وهذا الالتزام يوجد من قبل إبرام العقد، حيث تذهب المحاكم غالباً إلى أن المورد[6] يجب عليه إسداء النصح للمشتري فيما يتعلق بملاءمة الجهاز لاحتياجاته،

---

(١) Civ. 1, 9 déc. 1975, aff. des melons crevés, Bull. I, no 361, D.78.205 note appr. R. savatier, J.C.P. 77. II. 18588, note crit. Ph. Malinvaud.

(٢) انظر في ذلك المراجع المتعلقة بعقود المعلوماتية السابق الإشارة إليها.

(٣) Civ. 1,18 mai 1989, Bull. I, no 206

والذي قضى بأن «فني التركيب لجهاز الأمن التلفيزيوني عليه التزام بالنصيحة نحو عميله، وخاصة عندما يكون هذا الأخير حديث عهد بهذه الأجهزة».

(٤) وليس على المنتج على غير العادة، وذلك بالرغم من أن دور البائع في هذه القضية كان مقتصراً على مجرد تسليم الجهاز للموزع والذي كان قد سبق وأن طلبه ودون أن يكون له أي اتصال مع العملاء،

Com. 5 déc. 1989, Bull. IV, no 306, J.C.P. 90. IV. 45

ويعتبر هذا الحكم منفرداً في هذا المجال.

(٥) انظر على سبيل المثال

Com. 17 mars 1981, Bull. IV, no 150.

(٦) Com. 5 déc 1989, précuté, D. 90. som. 322, note J. Huet,

وقد قضى هذا الحكم بأن «واجب النصيحة يقع على عاتق الموزع فقط عندما يكون هووحده على اتصال بالمشتري».

وأن الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يشكل مسؤوليته العقدية[1] وهذا الالتزام يستمر إلى ما بعد إبرام العقد من أجل المساعدة على حسن استعمال الجهاز[2]، وهذا الالتزام يمتد نطاقه بالقدر الذي لم يحسن فيه البائع تبصير العميل[3] لكن البائع ليس عليه، بطبيعة الحال، التزام بإعطاء معلومات عن منافسيه[4].

ولا تقوم مسؤولية البائع لمجرد أن الجهاز لم يكن له العائد المتوقع[5] لأنه يجب أن يقوم التعاون بين البائع والمتعاقد معه والذي يلتزم بإبلاغه بحاجاته[6].

وفي الغالب ما يلحق بالبيع عقد صيانة، يلتزم بمقتضاه المورد بصيانة الشيء المبيع[7].

ويتضح مما سبق أن البائع عليه التزام بالنصيحة وبالتبصير وعلى المشتري التزام بالاخطار. فإذا لم يتبع المشتري النصيحة التي أعطاها له البائع فإن هذا الأخير لا تقوم مسؤوليته[8].

وهذا القضاء المتشدد تجاه المورد يبرره الطبيعة المعقدة للشيء المبيع.

---

(١) Com. 25 juin 1980, Bull. IV, no 276, Rev. trim. dr. civ. 81. 157, note appr. G. Durry.

(٢) Paris 12 juil 1972, J.C.P. 72. II, 17603, Gaz. Pal. 72. II. 804

وقد قضى هذا الحكم بأن «تركيب أحد أجهزة المعلوماتية يتضمن من جانب المورد الالتزام بتسليم جهاز قادر على تلبية الاحتياجات المتوقعة ومساعدة فنية خلال فترة كافية للتأقلم».

(٣) Com. 28 oct. 1986, Bull. IV, no 195, J.C.P. 87. 12, Gaz. Pal. 86. II. 288.

وقد قضت المحكمة بفسخ العقد لخطأ من جانب البائع بالرغم من عدم استعمال المشتري للجهاز الاستعمال المناسب وبالرغم من أن البائع قد دفع بعدم قيام المشتري بالتزامه بالتعاون.

(٤) Com. 12 nov. 1992, Bull. IV, no 352, D. 93, som. 237 note D. Tournafond, J.C.P. 93. I. 3664, no 14, note G. Viney.

(٥) Paris, 3 déc. 1976, J.C.P. 77. II. 18579 note Boitart et Dubarry.

(٦) Com. 14 mars 1989, Bull. IV, no 89; J.C.P. 89. IV. 185.

(٧) انظر في نقل عقد الصيانة إلى المشتري من المشتري

Versaille, 21 mai 1986, D. 87. 266, note J. Huet.

(٨) انظر على سبيل المثال

Com. 11 juin 1985, B. IV, no 188.

فتسليم الحاسب الآلي بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق (م ٤٣٥ مدني مصري) لا يقتصر على نقل الملكية فحسب وإنما يشمل أيضاً صيانة الشيء ومد يد العون إلى المشتري. فعقد بهذه الكيفية المركبة يسبقه بصفة شبه دائمة إجراءات تمهيدية (كراسة شروط، ودراسة مسبقة) تحدد الأهداف المراد تحقيقها مما يقتضي التعاون الضيق بين الأطراف(١). واجب النصيحة لا يوجد عندما تكون البضاعة بسيطة وذات مستوى موحد (مثل جهاز الحاسب الآلي الصغير)(٢).

وعندما يكون الشيء المبيع ذات مستوى موحد ولكن يجب تركيبه عن طريق متخصص، وكان الجهاز سليم ليس به أي عيب في التصنيع وتم تركيبه بطريقة خاطئة فإن الفني المسئول عن التركيب هو الذي يكون مسئولاً عن العيوب الناشئة عن الاستعمال وليس له أن يرجع بضمان على المنتج وخاصة وأن تخصصه المهني يسمح له بنفس القدر من المعرفة التي عند المنتج(٣).

جـ - واجب التعاون:

لم يعد هناك التزام من جانب واحد بالتبصير، فالاتجاه اليوم يذهب إلى الاستناد إلى واجب التعاون بين الطرفين. فالبائع عليه التزام بتبصير المشتري بكل ما يعرفه ويستفسر من هذا الأخير عما يرغبه، وبالمقابل على المشتري التزام بإخطار البائع بكل ما يرغبه وبالصعوبات التي تواجهه ويستفسر من البائع عما يعرفه هذا الأخير(٤) عن الشيء المبيع.

ولا يوجد واجب التعاون إلا بالقدر الذي يفرضه حسن النية الذي يجب أن يسود ليس فحسب عند إبرام العقد وإنما أيضاً عند تنفيذه، ولكن هذا المعيار غير محدد لأنه يعتمد على الظروف: صفة الأطراف، فالبائع ليس عنده ما يبصر به المشتري الذي يستطيع بنفسه أن يعرف كل ما يرغب فيه، وطبيعة الشيء المبيع،

---

(١) I. De Lamberterie, les contrats en informatique; p. 288 et s. com. 17 mars 1981, Bull. IV, no 150.

(٢) J. Huet, Responsabilité.., no 82.

(٣) Civ. 1, 26 nov 1981, précité.

(٤) انظر في تفصيل ذلك J. Huet, op.ct, no 11277, p. 222.

فكلما كان ذو طبيعة معقدة كلما كان البائع وحده هو الذي يعرفه وبالتالي يتسع نطاق التزامه بالتبصير على النحو السابق بيانه.

٢ ـ أساسه:

كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يشتمل على نص المادة ٥٧٣ من هذا المشروع والتي تنص على أن «يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء» وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه «مستفادة من القواعد العامة»[1].

وفي الحقيقة وجود مثل هذا النص كان سيعطي للقضاء سلطة واسعة في تعقب تنفيذ الالتزام بالتبصير على النحو السابق بيانه، كما أن هذا النص كان سيساير التطورات الحديثة وخاصة بالنسبة للأشياء والآلات الحديثة المعقدة والتي تستلزم حماية المشتري العادي في مواجهة منتجي وبائعي هذه الآلات الحديثة.

على أية حال فقد حذف النص على أساس أن أحكامه مستفادة من القواعد العامة فكيف لنا الآن تأسيس الالتزام بالتبصير على النحو الذي بسطناه؟؟

يبدو لنا أنه من الصعب تأسيس هذا الالتزام على الإرادة الضمنية لأن ذلك سيكون من قبيل الافتراض، وهذا يعد تفسيراً معيباً من الناحية الفنية.

هذا الالتزام يعتبر قريباً من الضمانات القانونية التي تنشأ عن البيع فنجد أن المادة ٢/٤٤٥ مدني تفترض اشتراط البائع عدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري، كما أنه إذا كان الاستحقاق قد نشأ عن فعل الغير، فإن البائع لا يكون مسؤولاً بشيء إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق (م ٢/٤٤٦ مدني)، وكذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع (م ٢/٤٤٧ مدني).

ويمكن أيضاً تبرير هذا الالتزام استناداً إلى النظرية العامة للالتزامات، فسبق أن رأينا أن المحاكم الفرنسية تلحق هذا الالتزام بالآثار التي يرتبها القانون على العقد (م ١١٣٥ مدني فرنسي) والتي تقابل نص المادة ٢/١٤٨ مدني والتي تنص

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٥ هامش ١.

على أن «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» أو بحسن النية التي يجب أن تسود بين الأطراف وبصفة خاصة عند تنفيذ العقد (م ٣/١١٣٤ مدني فرنسي) والتي تقابل نص المادة ١/١٤٨ والتي تنص على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

وبناء عليه نحن نحض القضاء المصري على أن يقتفي أثر القضاء الفرنسي في بسط الحماية على المشتري العادي الذي لا حول له ولا قوة إزاء الأجهزة الحديثة المعقدة والتي تبلغ أثمانها مبالغ طائلة ويحتاج تشغيلها وصيانتها إلى تعاون وثيق بين البائع والمشتري. وذلك استناداً إلى القواعد العامة التي أشارت إليها الأعمال التحضيرية للقانون المدني بعدما حذفت نص المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدي رغم أهميته الحيوية.

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام

يتم التسليم بوضع المبيع بالحالة المتفق عليها تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين. ويتحمل البائع بحسب الأصل نفقات تسليم المبيع.

هذا يقتضي منا الوقوف على كيفية التسليم، ثم نعرض بعد ذلك لظروف هذا التسليم، سواء من حيث الزمان أو المكان أو النفقات.

أولاً - كيفية التسليم:

تنص المادة ٤٣٥ مدني مصري على أن «١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، لو لم يستولِ عليه استيلاءً مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع» «٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية».

وتنص المادة ٤٠٢ موجبات وعقود لبناني على أن «التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه

وأن ينتفع منه بدون مانع».

القاعدة: أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء.

على ضوء هذه القاعدة يجب أن نقف على عناصر التسليم المبري لذمة البائع. ثم نعرض لصور التسليم.

عناصر التسليم المبرىء لذمة البائع: يجب أن يتوافر للتسليم عنصرين حتى تبرأ ذمة البائع من الالتزام بالتسليم.

العنصر الأول: وضع المبيع بالحالة المتفق عليهاتحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

يشترط أولاً أن يكون وضع المبيع تحت تصرف المشتري بالحالة المتفق عليها[1]، فأي تغيير في المبيع ثم وضعه تحت نصرف المشتري بعد ذلك لا يعتبر تنفيذاً لالتزام البائع بالتسليم، ويجوز في هذه الحالة للمشتري أن يطالب بالتسليم ويمكن جبر البائع عليه والحكم بغرامة تهديدية إن اقتضى الحال[2].

ووضع المبيع تحت تصرف المشتري يقتضي بطبيعة الحال أن يكون هذا الأخير متمكناً من حيازته والانتفاع به بحسب الغرض الذي أعد له دون حائل يحول دون ذلك، سواء كان الحائل نتيجة فعل البائع نفسه أو فعل الغير، وسواء كان هذا الغير يستند في فعله إلى حق يدعيه (تعرض قانوني) أو لا يستند (تعرض مادي).

وعلى ذلك لا يتم التسليم ما بقي البائع مستمراً في شغل السكن بأمتعته، أو كانت هناك أختام موضوعة على العين تمنع المشتري من دخولها، أو كان هناك من يضع يده عليها غصباً أو مدعياً أن له حقاً، ما لم يكن هذا الحق نافذاً في حق المشتري، كحق المستأجر الذي ثبت تاريخ إيجاره قبل البيع.

لكن وضع المبيع تحت تصرف المشتري لا يقتضي انتقال الحيازة فعلاً إليه،

---

(١) نقض ٨/ ١٢/ ١٩٣٢ الطعن رقم ٥٦ سنة ٢ ق، سعيد شعلة، ص ٢٣٧.

(٢) Civ. 1, 20 mars 1989, Bull I. no 140, D.89. I.R, 178.
Com. 17 juil 1990, J.C.P. 90. I. 20436.

بحيث يستولي على المبيع استيلاءً مادياً، وإنما يكفي أن يكون المشتري متمكناً من ذلك فحسب. ومعنى ذلك أنه ليس هناك تلازم حتمي بين تسليم المبيع وانتقال حيازته. ويترتب على ذلك أن المشتري يمكن أن يعتبر مستوفياً لالتزام التسليم، ولكنه لا يعتبر مع ذلك حائزاً للمبيع. وما يستتبع ذلك من نتائج قانونية[1].

العنصر الثاني: أن يعلم البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو السابق. فإذا كان المشرع اكتفى في التسليم المبرىء لذمة البائع أن يكون بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري على النحو السابق، ودون أن يستلزم اقترانه بتسلم من جانب المشتري، أي استيلاء مادي عليه من جانبه، فإنه اقتضى لترتيب هذا الأثر أن يخطر البائع المشتري بذلك حسماً لكل نزاع محتمل بينهما. ويتم الإخطار بكافة الطرق ويخضع في إثباته للقواعد العامة.

٢ - **صور التسليم**: يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (م ٤٣٥/ ١ مدني مصري).

وتنص المادة ٤٠٣ موجبات وعقود على أن «يتم التسليم على الأوجه الآتية:

١ - إذا كان المبيع عقاراً، فبالتخلي عنه وبتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء، بشرط أن لا يلاقي المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع.

٢ - إذا كان المبيع من المنقولات فبالتسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المباني أو الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً.

٣ - يتم التسليم، حتى بمجرد قبول المتعاقدين، إذا كان إحضار المبيع غير ممكن في ساعة البيع أو كان المبيع موجود تحت يد المشتري لسبب آخر.

٤ - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة».

وتنص المادة ٤٠٤ موجبات وعقود على «أن تسليم المبيعات غير المادية كحق المرور مثلاً، يكون بتسليم الأسناد التي تثبت وجود الحق أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط أن لا يحول حائل دون هذا الاستعمال.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٩ هامش ٣.

وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع».

وعلى ضوء ذلك سنعرض للتسليم الفعلي والتسليم الحكمي.

أ- التسليم الفعلي: وهذا التسليم يختلف باختلاف طبيعة المبيع:

١- **ففي العقار** يتم التسليم بالتخلي عنه، فإذا كان دار يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج منها أمتعته وأثاثه، وإذا كان العقار أرضاً زراعية يشغلها البائع، وجب عليه أن يتركها ويأخذ ما له فيها من مواش وآلات وغير ذلك، ثم يقوم البائع بعد ذلك من تمكين المشتري من الاستيلاء عليه دون عائق. ولكن قد يقتضي الأمر تسليم البائع للمشتري مفاتيح العقار، كما هو الشأن في المباني والمنازل والأراضي الزراعية المحاطة بسياج مغلق، أو تسليم أوراق أو مستندات معينة، كتسليم السيارة يقتضي تسليم رخصة التسيير وبوليصة التأمين.

٢- **في المنقول**: يتم التسليم بما يتفق وطبيعته، فقد يكون تسليماً فعلياً كأن يتم تسليم المبيع ذاته يداً بيد، أو ينقله من مكانه ووضعه تحت تصرف المشتري، وقد يتم تسليم المنقول بصورة رمزية tradition synbolique ويكون ذلك في حالة تسليم البائع للمشتري مفاتيح المباني أو الصناديق التي تحتوي على المنقولات، ويتحقق هذا التسليم الرمزي أيضاً في حالة تظهير سندات الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري إذا كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في مكان ما. وقد يكون بمجرد تسليم هذا السند للمشتري إذا كان السند لحامله.

وقد يترتب على هذا التسليم الرمزي أن يحدث تعارض بين من تسلم المستندات كرمز لاستلام البضاعة وبين مشتر آخر قد تسلم بالفعل هذه البضاعة؟ في هذه الحالة يفض هذا التعارض لصالح المشتري الثاني متى كان حسن النية (م ٩٥٤ مدني مصري).

وقد يتم تسليم المنقول بوضع علامات المشتري أو أختامه على المبيع، فمثلاً في بيع الحيوان، فإنه يتم تسليمه بوضع علامة المشتري عليه بالرغم من بقائه

في القطيع عند البائع. وكذلك في بيع الأشجار، ما لم يكن البائع ملتزماً بالالتزامات أخرى، كقطعها، أو تصنيعها، أو نقلها.

(٢) **في المبيع غير المادي**: كما لو تعلق الأمر بحق من الحقوق، فإذا كان هذا الحق عينياً، كحق المرور مثلاً، يكون التسليم عن طريق تسليم السند المثبت للحق، أو بالترخيص للمشتري في استعماله بشرط ألا يحول بينه وبين المرور حائل (٤٠٤ موجبات وعقود)[1] وإذا كان المبيع حقاً شخصياً، كما في حوالة الحق، فإن التسليم يكون عن طريق تسليم المحال سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه فطريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع[2].

وقد نصت المادة ٢/٤٠٤ موجبات وعقود على أنه «إذا كان موضوع الحق غير مادي، وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع» فمثلاً إذا كان محل البيع براءة اختراع لشيء معين، فإن بيع هذه البراءة يقتضي أيضاً تسليم النموذج الأول لتنفيذها.

ب ـ التسليم الحكمي: ويتحقق هذا التسليم عندما لا يكون هناك تسليم فعلي وإنما يتم التسليم بالاتفاق بين الطرفين، أي بالتراضي على المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري. فالتسليم يتحقق هنا بتصرف قانوني أو اتفاق، وليس بعمل مادي (م ٢/٤٣٥ مدني مصري).

ويتمثل التسليم الحكمي في صورتين:

الصورة الأولى: عندما يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، على سبيل الإيجار، أو العارية، أو الوديعة أو الرهن الحيازي أو غير ذلك. فالحيازة الفعلية متحققه أصلاً للمشتري قبل البيع ولذلك يكفي في هذه الحالة مجرد الاتفاق على بقاء المبيع في حيازته لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن، بل كمالك له عن طريق الشراء. فالأمر يقتصر على تغيير نية المشتري في حيازته للمبيع (وهذه الصورة نص عليها قانون الموجبات والعقود في المادة ٣/٤٠٣).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٦٩.

(٢) نفس المرجع ونفس الموضع.

أ) الصورة الثانية: عندما يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع، لا باعتباره مالكاً وإنما باعتباره مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً عنده أو مرتهناً رهن حيازة، وفي هذه الحالة يكون بقاء المبيع تحت يده بصفة من هذه الصفات أو غيرها بمقتضى عقد يخول له ذلك مع المشتري (وهذه الصورة لم ينص عليها قانون الموجبات والعقود اللبناني) ولكن ليس هناك ما يمنع الأخذ بها طبقاً للقواعد العامة.

ويضيف قانون الموجبات والعقود حالة أخرى، ولكن لم ينص عليها المشرع المصري، وذلك عندما يكون إحضار المبيع غير ممكن وقت البيع، وفي هذه الحالة يكتفي بالتراضي على حصول التسليم وقبول المشتري، ولو لم يحصل تسليم مادي. ومثال ذلك في بيع الخمر يكفي قبول وتأكيد المشتري لذلك بالرغم من عدم التسلم المادي[1].

ثانياً: ظروف التسليم:

وإذا كان التسليم يتحقق بتوافر عناصره، وبأي من الطرق السابق بيانها إلا أنه يلزم أن يتم في المكان والزمان المعينين، مع دفع ما يلزم من نفقات وعلى ذلك نقصد بظروف التسليم، المكان والزمان المعينين لتسليم المبيع، وكذلك تحديد الملتزم بنفقات هذا التسليم.

1- مكان التسليم:

القاعدة: أنه إذا لم يوجد اتفاق على مكان التسليم، فإن تحديد هذا المكان يتوقف على طبيعة الشيء المبيع فيما إذا كان شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع.

أ- فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإن مكان تسليمه هو المكان الذي كان موجوداً فيه وقت إبرام عقد البيع (م ١/٣٤٧ مدني مصري، م ١/٤٠٥ موجبات

---

(١) Montpellier, 27 mai, 1948, J.C.P. 48 II. 4561 note Becqué.
وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية
Com. 9 mai 1951, 4esp. Bull. II. no 165.
وقارن ذلك بالنسبة لبيع المنقول بحسب المآل
Civ. 1, 13 juil 1982, Bull. I, no 262, Gaz Pal. 82. II. 670, note A. Piédelièvre.

وعقود) وإذا عين مكان لوجود المبيع غير المكان الذي يوجد فيه فعلاً، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المكان المعين إذا طلب المشتري نقله (م ٢/٤٠٥ موجبات وعقود) وهذا منطقي لأنه ذكر المكان في العقد، وعدم الاتفاق على التسليم في مكان آخر يعني انصراف الإرادة إلى أن يتم التسليم في المكان المذكور[1].

ب ـ أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع وجب تسليمه في المكان الذي يوجد فيه موطن البائع في الوقت الواجب فيه التسليم، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقاً بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدني مصري) وذلك تطبيقاً لقاعدة أن «الشيء مطلوب لا محمول» «la chose étant quérable et non portable».

جـ ـ إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري، «فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» (م ٤٣٦ مدني مصري، م ٤٠٦ موجبات وعقود).

وبذلك يكون المشرع قد خرج على القواعد العامة السابقة. وبناء على ذلك فإنه إذا لم يوجد اتفاق على مكان تسليم المبيع الواجب تصديره للمشتري، فإنه لا يكفي إذن أن يقوم البائع بوضع المنقول الواجب تصديره تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك حتى يتم التسليم. وإنما يلزم أن يصل المنقول إليه حتى يتم بذلك تسليمه له، فإذا وصل إليه ولم يوجد عائق يحول دون الاستيلاء عليه فيعتبر التسليم قد تم ولو لم يستول عليه فعلاً، وسيترتب على ذلك أن يتحمل البائع تبعة هلاك الشيء في الطريق كما سنرى فيما بعد.

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يشتمل على نص يعين مكان تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على أنه «١ ـ يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك. ٢ ـ فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده، اعتبر موجوداً في موطن البائع» وقد حذفت هذه المادة لأنها مستفادة من القواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٢ في الهامش وص ٧٤ في الهامش. وهذا النص يستفاد حكمه من القواعد العامة المقرر في صدد الوفاء بالالتزام والمتضمن في نص المادة ٣٤٧ مدني.

٢- زمان التسليم:

القاعدة: إنه إذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم فإنه يجب التفرقة بين البيوع المدنية والبيوع التجارية.

- في البيوع المدنية: يجب أن يتم التسليم فور انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف (م ٣٤٦/ ١ مدني مصري، م ٤٠٧/ ١ موجبات وعقود) والتي قد تستلزم إعطاء البائع مهلة لإخراج البضائع من المخازن، أو نقل المبيع إلى المكان الواجب فيه التسليم[١] وتحدد المحاكم عادة مدة معقولة للقيام بذلك[٢].

على أنه يلاحظ أنه إذا كان الالتزام بالتسليم حالاً، وجب على البائع أن يقوم به ولو اتفق على تأجيل دفع الثمن، أما إذا كان التزام المشتري بدفع الثمن مستحق الأداء أيضاً ولم يقم المشتري بالدفع كان للبائع أن يمتنع عن التسليم إعمالاً لحقه في الحبس (م ٤٠٧/ ٢ موجبات وعقود) كما سنرى.

- في البيوع التجارية: فإن زمان التسليم يتوقف على العرف المتبع، إذا وجد[٣]. فقد يقضي العرف بالتسليم في ميعاد معين، وهو ما يقع كثيراً في التعامل التجاري[٤].

- لكن إذا تم الاتفاق على ميعاد معين للتسليم، فإن هذا الميعاد قد يكون محدداً بدقة[٥] وقد يكون محدداً على نحو تقريبي مما قد يستتبع تحمل نتائج

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يشتمل على نص معين زمان تسليم المبيع. وكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه «يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف» وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة» مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧١ في الهامش، وص ٧٤ في الهامش.

(٢) Civ. 3, 10 avr. 1973, Bul. III, no 274.

(٣) Com. 8 oct. 1956, Bull. III, no 225; Rev. trim, dr. com. 57. 429 note J. Hémard.

(٤) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٤.

(٥) =Paris, 22 juin 1983, D. 85. I.R., 43, note J. Huet.

التأخير. فإذا لم يكن هناك تحديد على هذا النحو أو ذاك فإن القاضي يأخذ في اعتباره العرف أو الأغراض المقصودة من التعاقد[1] ولكن يبقى الميعاد، بصفة عامة، له طابع تقريبي. أما إذا كان الميعاد محدداً بدقة فإن المشتري ليس بحاجة إلى إعذار البائع لأنه بمجرد حلوله يبرر للمشتري فسخ العقد نتيجة تقصير البائع[2].

وإذا كان هناك اتفاق على عدم مسؤولية البائع في حالة التأخير، فإن هذا الشرط يعتبر من قبيل الشروط التعسفية ويجوز للقاضي أن يبطله لأن المشتري سيكون في هذه الحالة تحت رحمة البائع[3]. وفي البيوع التجارية من النادر أن يمنح القاضي للبائع مهلة للوفاء بالتزامه بالتسليم لأن زمان التسليم له أهمية كبيرة في هذا المجال حيث أن نشاط التاجر يتوقف، غالباً، على انتظام البائع في الوفاء بالتزامه[4].

ـ حق البائع في الدفع بعدم التنفيذ[5]:

تنص المادة ٤٥٩ مدني على أنه «١ ـ إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حق يستفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع»

= وقارن

Com. 4 juin 1980; Bull. IV no 239.

حيث أنه كان مشترطاً في العقد أن التسليم يجب أن يتم في تاريخ معين «على قدر المستطاع» ولذلك قضت المحكمة بأنه إذا تم التسليم بعد هذا التاريخ فإن ذلك لا يبرر الفسخ. أنظر أيضاً نقض ١٩٥١/٢/٨ الطعن رقم ١٤٤ سنة ١٨ ق، سعيد شعلة ص ٢٣٦.

(١) Com. 16 janv. 1973, J.C.P., 73, II. 17563.

(٢) Trib. grand. inst. Paris; 9 mars 1977, Gaz. Pal. 11-12 déc., Rev. trim. dr. civ. 78. 150, note G. Cornu.

(٣) Civ. 1, 16 juil 1987, Bull. I., no 226, D. 88.49, note J.Calais - Auloy, J.C.P. 88. II. 21001, note G. Paisant.

(٤) Le Gall, le retard dans la livraison des marchandises vendues Rev. trim. dr. com. 1963, 239.

(٥) جرى الفقه على اعتباره حقاً في الحبس، أنظر في الفرق بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، مؤلفنا، في الأحكام، ص ١٨٧، ومؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه، ص ٣٤ وما بعدها.

«٢ ـ وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣».

وتنص المادة ٢/٤٠٧ موجبات وعقود على «أن البائع الذي لم يمنح المشتري مهلة للدفع، لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن».

«ولا يقوم مقام دفع الثمن عرض كفالة أو غيرها من وجوه التأمين».

وتنص المادة ٤٠٨ موجبات وعقود على أنه «إذا بيعت عدة أشياء جملة فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض مجموع أثمانها وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة».

وتنص المادة ٤٠٩ موجبات عقد على أنه «ليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع:

١ ـ إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه.

٢ ـ إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه.

٣ ـ إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع».

وتنص المادة ٤١٠ موجبات عقود على أنه «لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشاري مهلة للدفع:

١ ـ إذا أصبح المشتري بعد انعقاد البيع في حالة الإعسار.

٢ ـ إذا كان في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته.

٣ ـ إذا أنقص التأمينات التي قدمها ضماناً للدفع متى أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن.

وتنص المادة ٤١١ موجبات وعقود على أنه «إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها، كان ضامناً للمبيع على الشروط التي يضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون عنده».

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع قد أقر للبائع الحق في الدفع بعدم

التنفيذ المقرر في القواعد العامة مع الخروج على هذه القواعد في بعض الأحكام.

ولدراسة حق البائع في الدفع بعدم التنفيذ فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التزامات كل من البائع والمشتري مستحقة الأداء. بمعنى أن التزام المشتري بدفع الثمن مستحق الأداء ابتداء أو بعد حلول الأجل وكان التزام البائع بالتسليم أيضاً مستحق الأداء ابتداء أو بعد حلول الأجل، ولم يقم المشتري بدفع الثمن كله أو الجزء المستحق الاداء منه، جاز البائع أن يدفع بعدم تنفيذه لالتزامه بالتسليم. ويكون امتناع البائع عن التسليم في هذه الحالة امتناعاً مشروعاً إذا يجد مبرره في عدم وفاء المشتري بما عليه من التزام مقابل.

والبائع يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. في حالة ما إذا منح القاضي المشتري أجلاً للوفاء بالثمن، إذ أن الأجل القضائي لا يحول دون التمسك بهذا الدفع. بينما منح البائع أجلاً للمشتري بعد العقديحول دون استعمال البائع لحقه في الدفع بعدم التنفيذ (م ٣/٤٠٩ موجبات وعقود) كما أن للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم ولو قدم المشتري له رهناً أو كفالة (م ١/٤٥٩ مدني مصري، م ٣/٤٠٧ موجبات وعقود) والعلة في ذلك أنه في العقود الملزمة للجانبين أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر. ولذلك هذا التقابل في الالتزامات يعطي لمن كان التزامه مستحقاً أن يمتنع عن التنفيذ متمسكاً بأن الالتزام المقابل لم يتم تنفيذه إذا كان هذا الالتزام المقابل مستحق الأداء. وهذا الدفع وسيلة مباشرة فعالة وسهلة للضغط للحصول على تنفيذ الالتزام المقابل، أمّا وسائل الضمان الأخرى، تأميناً عينياً كان أو شخصياً، يستلزم الكثير من الإجراءات لوصول البائع إلى حقه، كما أنه قد يتعرض مع ذلك لمخاطر عدم الحصول على حقه كاملاً. ولذلك كان منطقياً ألا يجبر البائع على التنازل عن وسيلة سهلة ومباشرة وفعالة في يديه ليحل محلها وسيلة أخرى ليس لها نفس الخصائص كما أن نتيجتها غير مؤكدة.

في القانون اللبناني: قد خرج المشرع عن القاعد العامة بأن قرر في المادة

٤٠٩ موجبات وعقود أن البائع ليس له أن يمتنع عن تسليم المبيع:

١ - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه. فالقواعد العامة لا تؤدي إلى هذه النتيجة في حالة حوالة الحق. ذلك أنه إذا حول البائع حقه في الثمن إلى آخر فإن الثمن ينتقل إلى المحال له بما يضمنه من تأمينات ما يلحقه من توابع ويعتبر من توابعه الدعاوى التي تحميه وتؤكده مثل دعوى الفسخ، وأيضاً الدفع بعدم التنفيذ.

٢ - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة له: أيضاً القواعد العامة لا تؤدي إلى هذه النتيجة حيث أن قبول البائع حوالة الدين بالثمن من المشتري إلى شخص آخر هو المحال عليه لا يعتبر قبوله هذا نزولاً منه عن حقه في الدفع بعدم التنفيذ، بل أن هذا الحق يظل قائماً يتمسك به في مواجهة المحال عليه حتى يستوفي حقه.

الفرض الثاني: إذا كان الثمن مؤجلاً أصلاً ولكنه سقط لسبب من أسباب سقوط الأجل المنصوص عليها في المادة ٢٧٣ مدني مصري، وهذه الأسباب هي إفلاس المشتري أو إعساره، أو إضعاف التأمينات التي قدمها للبائع إلى حد كبير، أو عدم تقديم المشتري ما وعد به في البيع من التأمينات. في هذه الحالات سيصبح التزام المشتري بدفع الثمن حالاً ومستحق الأداء وبالتالي يستطيع البائع أن يدفع بعدم التنفيذ إلى أن يستوفي الثمن ومقتضى تطبيق المادة ٢٧٣ مدني يؤدي إلى أنه يمتنع على البائع التمسك بهذا الدفع إذا قدم المشتري للبائع تأميناً كافياً، وبذلك لم يخرج المشرع على القواعد العامة كما فعل في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدني والعلة في ذلك أن الثمن في هذا الفرض لم يكن في الأصل مستحق الأداء، على خلاف الفرض الأول، وبالتالي ليس للبائع أن يتضرر من شيء ما دام المشتري قد قدم له ما يكفل له استيفاء حقه عند استحقاقه.

في القانون اللبناني: لم يحل المشرع، كما فعل المشرع المصري، إلى نص المادة ١١٣ موجبات وعقود وإنما نظم المشرع هذا الفرض بنص المادة ٤٣٠ موجبات وعقود أي يمتنع عن التسليم، وإن يكن قد منح المشتري مهلة للدفع، إذا أصبح المشتري بعد انعقاد البيع في حالة إعسار، أو إذا كان في حالة الإفلاس أو

التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته، أو إذا أنقص المشتري التأمينات التي قدمها ضماناً للدفع، بشرط أن يصبح البائع معرضاً لخطر فقد الثمن أو ضياعه، بحيث يتعذر حصوله عليه، أما إذا كان هناك من الضمانات ما يكفل له الحصول على حقه فإنه ليس للبائع التمسك بالدفع.

ويمكن أن يضاف إليهم الحالة الواردة في نص المادة ١١٣ موجبات وعقود وهي حالة عدم تقديم المشتري ما وعد به في البيع من تأمينات للبائع، إذ يحق للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أيضاً في هذه الحالة[١].

٣ ـ نفقات التسليم:

القاعدة: أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف على من يتحمل نفقات التسليم فإن الأصل أن البائع هو الذي يلتزم بها لأنه المدين بالالتزام بالتسليم[٢] (م ٣٤٨ مدني مصري، م ٤١٢ موجبات وعقود لبناني).

وتشمل نفقات التسليم مصروفات الفرز للمبيع تمهيداً لتسليمه بالوزن أو المقاس أو بالكيل أو بالعد، ومصروفات التغليف والحزم والنقل إلى مكان التسليم وغير ذلك من مصروفات لازمة للقيام بعملية التسليم على النحو السابق بيانه وتنص المادة ٤١٢ موجبات وعقود على أن «يتحمل البائع ـ إذا لم يكن نص أو عرف مخالف: ١ ـ مصاريف التسليم كأجرة القياس أو الوزن أو العد أو تعيين الحجم. ٢ ـ المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادي» بالنسبة للمنقول الواجب التصدير فإن تسليمه لا يتم إلا بوصوله إلى المشتري، ولذلك فإن نفقات الشحن تكون على البائع.

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٢٩ ص ٢٦٠، ٢٦١.

(٢) وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي يتضمن نصاً يحدد من تكون عليه نفقات تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن «نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، ويدخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه» قد حذفت هذه المادة لأن حكمها مستفاد من القاعد العامة مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٣، ص ٧٤.

المبحث الثاني: عدم تنفيذ الالتزام وأثره

في هذا المبحث نود أن نقف على جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، ونتعرف على أثر هلاك المبيع على التزام البائع بالتسليم.

المطلب الأول: جزاء الإخلال بالالتزام

يخضع جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم للقواعد العامة، وهي مطالبة المشتري للبائع بالتنفيذ العيني، أو المطالبة بالفسخ والتعويض، وبالتعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

أولاً- التنفيذ العيني والتعويض إن كان له مقتضي:

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم على النحو السابق بيانه، فامتنع من التسليم دون مسوغ قانوني، أو تسلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع، أو تأخر في التسليم عن زمانه، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم السابقة[1] فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً.

فللمشتري بعد إعذار البائع أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً (م ٢٠٣/ ٢ مدني مصري) طالما توافرت شروط التنفيذ العيني، ويكون التنفيذ العيني بالوسيلة التي تتفق وطبيعة المبيع. فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات طلب المشتري تسليمها إليه جبراً على البائع إذا كان ذلك ممكناً، ويكون التسليم ممكناً مابقي المبيع في يد البائع، أما إذا تصرف فيه البائع مرة أخرى فيكون التسليم غير ممكن[2] وليس أمام المشتري من مجال إلا المطالبة بالفسخ والتعويض على النحو الذي سوف نراه. أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع ولم يقم البائع بالإفراز والتسليم فإنه يكون للمشتري الحصول على شيء من نفس نوع المبيع على نفقة البائع[3] وذلك بعد

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣١٤ص ٩٠٣.

(٢) نقض ١٧/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض، س ٢١ص ١٢٥٥.

(٣) نقض ٢٢/ ١٠/ ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٥٩٠، ١٢/ ١١/ ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٤١.

استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال طبقاً للقواعد العامة (م ٢٠٥/٢ مدني).

فإذا لم يتوافر شرط من شروط التنفيذ العيني طبقاً للقواعد العامة، كأن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو مرهقاً للبائع أو فيه مساس بشخصه، أو إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن لم يطلبه المشتري ولم يعرضه البائع فإن الأمر سيتمحض في النهاية عن الحكم على البائع بالتعويض.

كما يجوز للمشتري المطالبة بالتعويض إذا لم يتم التنفيذ العيني بالكيفية المتفق عليها، كأن لم يتم التسليم في زمانه أو في مكانه أو لأية مخالفة أخرى لهذا الالتزام.

ثانياً ـ الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى:

يجوز طبقاً للقواعد العامة أن يطالب المشتري بفسخ البيع باعتباره عقداً ملزماً للجانبين. ولكن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال. فالقاضي لا يلزم بالاستجابة إلى طلب المشتري بالفسخ، فذلك جوازي بالنسبة له. فللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو بتنفيذ العقد، فيجوز له أن يرفض الاستجابة إلى طلب الفسخ إذا كان ما لم يف به البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامه بالتسليم في جملته، كأن يكون الاختلاف طفيف بين العينة والبضاعة المسلمة[١]، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ إذا وجد في ظروف البائع ما يبرر ذلك، كأن يكون له عذر مقبول في التأخر في التسليم، أو أن المشتري لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير. ولا يحول دون منح القاضي مهلة للبائع أن يكون المشتري قد سبق وأعذر البائع، لكن في هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يعطي البائع مهلة جديدة، بل إن عدم قيامه بالتسليم في خلال الأجل الممنوح له من القاضي يترتب عليه فسخ البيع ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك. وهذه المهلة لا تحول دون استعمال المشتري الدفع بعدم التنفيذ، أي حقه في الامتناع عن الوفاء بالثمن إلى أن يتم التسليم.

(١) نقض ١٢/١١/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ص ٦٥٩.

ويجوز المشتري طالب الفسخ أن يعدل عن طلبه أثناء الدعوى ويطالب بالتنفيذ العيني لأنه هو الأصل، وكذلك للبائع أن يتوقى طلب الفسخ إذا قام بالتسليم ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي[1].

وأخيراً يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا رأى أن هناك ظروفاً تبرر ذلك، كأن يتبين له أن البائع تعمد عدم التسليم، أو أهمل فيه إهمالاً واضحاً، كأن ترك المبيع يهلك بتقصير منه[2] أو تأخر فيه تأخراً طويلاً رغم أعذاره.

وللمشتري أن يطالب البائع بتعويض إلى جانب طلبه بالفسخ وللمحكمة سلطة تقديرية في هذا الخصوص فقد يحكم القاضي بالفسخ فقط دون أن يحكم بالتعويض. وقد يجد القاضي أن ما أصاب المشتري، من جراء عدم التسليم من جانب البائع، من ضرر لا يكفي إزالته مجرد الفسخ فيحكم في هذه الحالة إلى جانب فسخ البيع بالتعويض. فإذا كان سعر المبيع في السوق قد ارتفع عما كان عليه وقت إبرام العقد فإنه يكون للمشتري أن يطالب فوق استرداده الثمن إذا كان دفعه بتعويض عن فروق الأسعار التي سيضطر إلى الشراء بها من جديد بعد فسخ العقد الأول، وفوائد الثمن الذي حرم من استغلاله.

المطلب الثاني: هلاك المبيع قبل التسليم

هذا الهلاك قد يكون نتيجة لخطأ من أحد المتعاقدين، وقد يكون بقوة قاهرة. ولذلك يجب أن نقف على الحكم في كل من الحالتين للتعرف على من تقع عليه تبعة الهلاك.

أولاً: الهلاك بخطأ أحد المتعاقدين:

قد يحدث أن يكون هلاك المبيع بفعل البائع أو المشتري قبل التسليم. فما أثر ذلك على التزام البائع بالتسليم؟

١ - إذا كان الهلاك أو التلف بفعل البائع، فإنه يترتب على ذلك إخلاله

---

(١) قارن نقض ٨/١١/١٩٦٢، س ١٣ ص ٩٩٢.

(٢) نقض ٢٨/٦/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٧٦٧.

بالتزامه بالتسليم حيث أن الالتزام بالتسليم ذاته يتضمن الالتزام بالمحافظة على المبيع حتى يتم التسليم.

وموقف المشتري من ذلك لا يخرج عن أحد أمرين:

- أما المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كما لو كان هلاك المبيع هلاكاً جزئياً فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إصلاح المبيع على نفقة البائع. كما له أن يطلب إنقاص الثمن. ولا يقف هذا الإنقاص عند نسبة الجزء الهالك أو التالف فقط وإنما يراعى فيه ما أصاب المشتري من ضرر نتيجة حصوله على شيء لا يتفق مع حالته التي كان عليها وقت العقد. (م ٤١٥/ ١ موجبات وعقود). وإذا كان المبيع من المثليات وهلك أو تعيب بفعل البائع، فإنه يكون عليه أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً مع احتفاظ المشتري بحقه في طلب التعويض إن كان له مقتضي (م ٤١٥/ ٢ موجبات وعقود).

- أما المطالبة بفسخ البيع، وفي هذه الحالة لا يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن إذا كان قد دفعه أو الامتناع عن دفعه إن لم يكن قد دفعه، بل يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر.

٢ - إذا كان الهلاك أو التلف بفعل المشتري، وجب عليه أن يدفع الثمن كاملاً إذا لم يكن دفعه، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه وكان ملزماً باستلام المبيع على حالته (م ٤١٦ موجبات وعقود)، وكان الهلاك على عاتق المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه؛ وبالتالي لا يجوز له أن يطلب الفسخ أو إنقاص الثمن[1].

ثانياً - الهلاك بقوة قاهرة:

وهنا سنعرض لتبعة الهلاك، ثم نبين بعد ذلك متى تنتقل هذه التبعة.

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ينص على هذه الأحكام وهو نص المادة ٥٨٣ والذي ينص على أنه «في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري، وجب دفع الثمن كاملاً. أما إذا كان بفعل البائع، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن «وقد حذفت لجنة المراجع هذه المادة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة» مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٧.

١ - تبعة الهلاك:

قد أورد المشرع بصدد عقد البيع أحكاماً لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة. ولنعرض لذلك بصدد الهلاك الكلي، والهلاك الجزئي.

أ - الهلاك الكلي:

تنص المادة ٤٣٧ مدني مصري على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

القاعدة في القانون المصري: أن تبعه هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة قبل التسليم تقع على البائع باعتباره المدين بالتسليم وبصرف النظر عن انتقال الملكية أو عدم انتقالها للمشتري.

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري قد جعل مناط تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية على المدين بالتسليم ولو كان قد أصبح غير مالك بأن كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر تنفيذاً للالتزام بنقل الملكية، ذلك أن إنقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه لهلاك الشيء بقوة قاهرة، يؤدي حتماً إلى انقضاء التزام الطرف الآخر بأداء المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدني) ومقتضى ذلك أن للمشتري أن يسترد الثمن من البائع إذا كان قد دفعه أو أن يمتنع عن دفعه إذا كان لم يدفعه. فيخرج البائع، بانفساخ البيع على هذا الوجه، وقد خسر المبيع وخسر الثمن، فيكون هو الذي تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم[1].

هذه هي القواعد العامة والتي أورد المشرع تطبيقاً لها في صدد عقد البيع في المادة ٤٣٧ مدني.

وهذا التأصيل يخرج عن ما هو مستقر عليه في القوانين اللاتينية، وعلى رأسها القانون الفرنسي والقانون اللبناني، ويتفق مع أحكام الفقه الإسلامي وهي

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣١٨ ص ٦١١.

تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم[1]. فالقانون الفرنسي والقانون اللبناني جعلا مناط تبعة الهلاك هو انتقال الملكية[2].

ويبرر هذه القاعدة في القانون المصري بأن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية، فالالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعي إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، بل إن تنفيذه ضروري لكي يستكمل فعلاً تنفيذ الالتزام الأصلي بنقل الملكية، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم، ومن ثم كان الهلاك على البائع، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً[3]. أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً أي غير متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر، ففي هذه الحالة وغيرها يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم. فإذا هلكت العين المؤجرة بقوة قاهرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر، فإنها تهلك على المؤجر باعتباره المالك. وكذلك إذا هلكت هذه العين بقوة قاهرة قبل أن يردها المستأجر للمؤجر، فإنها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك. ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك[4] «res perit domins».

وعلى ذلك فإن تبعة الهلاك تظل على البائع إلى أن ينفذ التزامه بالتسليم حتى

---

(١) المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٥.

(٢) أنظر المادة ٣٩٦/ ٣ موجبات وعقود، وكذلك المواد ٣٩٧ ـ ٤٠٠ من نفس القانون.

(٣) وقد طبق المشرع هذه القاعدة على العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية كالبيع والشركة (م ٥١١ مدني).

(٤) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٩. ويراد بالهلاك هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الإصلاح الزراعي ـ بعد البيع ـ على قدر من الأطيان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجري عليه أحكام الهلاك في المبيع، نقض ١/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض، س ١٧ ص ٢٠٥، ١٦/٢/١٩٧١ س ٢٢ ص ١٨٨. ولا يصدق أيضاً على التأميم نقض ٢٦/٢/١٩٦٨ س ١٩ ص ١٥٦٥.

ولو انتقلت الملكية حيث إنه لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بهذا التسليم. فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وانتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد ثم هلك بقوة قاهرة قبل التسليم كان الهلاك على البائع. وكذلك إذا كان منقولاً معيناً بالنوع ثم أفرز وانتقلت الملكية إلى المشتري ولكن تراخى التسليم فهلك المبيع بقوة قاهرة فإن الهلاك على البائع. ونفس الحكم لو كان المبيع عقاراً وسجل البيع قبل التسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ثم هلك العقار، كبناء انهدم بقوة قاهرة، فإن الهلاك على البائع.

ولكن إذا ما تم التسليم، فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري ولو لم تنتقل الملكية، فإذا سلم البائع العقار إلى المشتري ولم يسجل العقد ثم هلك بقوة قاهرة كان الهلاك على المشتري.

ويلاحظ أن المقصود بالتسليم الذي ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم بالمعنى الذي حددناه، أي يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إعلام البائع للمشتري بذلك، فإذا ما تم التسليم على هذا النحو انتقلت تبعة الهلاك إلى المشتري ولو لم يستولِ عليه استيلاءً فعلياً أو مادياً. وكذلك تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري إذا تم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على النحو السابق بيانه. وكذلك تنتقل تبعة إلى المشتري في حالة التسليم الرمزي على النحو السابق بيانه. وفي حالة المبيع الواجب التصدير فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إلى أن يصل المبيع إلى المشتري، وإذا وصل إليه وكان في استطاعته حيازته دون عائق انتقلت إليه تبعة الهلاك ولم لم يستولِ عليه فعلاً[1].

- تبعة الهلاك على المالك في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٩٦ موجبات وعقود على أنه «يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل: ٣:٠٠٠٠ - مخاطر العين المعينة».

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٣ ص ١٤٤.

أما حالة ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فقد نصت المادة ٣٩٧ موجبات وعقود على أنه «إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط أو انعقد على شرط الوزن أو العد أو القياس أو التجربة أو الذوق أو انعقد بمجرد الوصف فالبائع يبقى محتملاً مخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري، إلى أن يعين أو يوزن أو يعد أو يقاس أو إلى أن يقبله الشاري أو ممثله».

وفي حالة ما إذا كان البيع تخييرياً، وقد عينت مهلة للاختيار، فلا يحتمل المشتري المخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٣٩٨ موجبات وعقود).

كما أن البائع يتحمل مخاطر المبيع مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٣٩٩ موجبات وعقود) وفي حالة ما إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتنائه، فالثمر أو البقول تبقى في ضمان البائع إلى أن يتم النضوج(م ٤٠٠ موجبات وعقود).

يتضح من مجموعة هذه النصوص أن الأصل في تبعة الهلاك أن تكون على المالك كما هو الشأن في القانون الفرنسي وغيره من القوانين اللاتينية. فمناط تبعة الهلاك هو انتقال الملكية لا التسليم.

ـ **في مجال التجارة الدولية**: نجد معاهدة ڤيينا في ١١ أبريل ١٩٨٠ والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع قد جعلت مناط تبعة الهلاك التسليم (م ٦٧) السيطرة المادية على الشيء لا نقل الملكية. ويبرر ذلك بأن الحائز يستطيع، في الواقع، أن يتخذ من الإجراءات. ما هو ضروري لحماية المبيع من الهلاك.

ب ـ الهلاك الجزئي:

تنص المادة ٤٣٨ مدني مصري على أنه «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن».

وهذا النص يواجه الفرض الذي يكون فيه هلاك جزئي أو نقص بقيمة المبيع نتيجة لقوة قاهرة بالرغم من أنه لم يشر إلى ذلك صراحة إلا أنه يستفاد من إشارة

النص حيث أن النص قد قصر الجزاء على الفسخ أو طلب الإنقاص وهذا لا يكون إلا إذا كان التلف لسبب أجنبي لأنه لو كان التلف بخطأ البائع لكان من حق المشتري ـ إلى جانب الإنقاص أو الفسخ، الحق في طلب التنفيذ العيني أي طلب إصلاح التلف[1] وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أن المقصود هو التلف بقوة قاهرة إذ تقول «وفي كل ما تقدم (م ٨٥١ ـ ٥٨٢) يفترض أن الهلاك بقوة قاهرة. . .»[2].

والقاعدة بصدد الهلاك الجزئي أو نقص القيمة، أن تبعة هذا الهلاك أو التلف قبل تسليم المبيع على البائع أيضاً. وعلة ذلك أن البائع ملزم بتسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد. وهذا الالتزام متفرع من الالتزام بنقل الملكية، فإذا لم يقم به البائع كاملاً دون نقص أو تلف كان مسئولاً، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة، فتكون التبعة عليه كما كانت التبعة عليه في حالة الهلاك الكلي[3].

ـ ولذلك قد فتح المشرع في حالة الهلاك الجزئي الخيار للمشتري بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته، دون أن يكون له، بطبيعة الحال، حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة.

ولكن يشترط للاستجابة إلى طلب المشتري بفسخ البيع أن يكون الهلاك أو نقص القيمة بلغ حداً من الجسامة بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، فإذا لم يبلغ النقص هذا الحد اقتصر حق المشتري على طلب إنقاص الثمن.

٢ـ انتقال تبعة الهلاك:

سبق أن رأينا أن القاعدة العامة في القانون المصري أن تبعة الهلاك أو التلف تكون على البائع إلى أن يتم التسليم فتنتقل إلى المشتري. ومع ذلك فإن هناك حالات تنتقل فيها تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري قبل التسليم. ولنعرض لهذه

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٤ ص ١٤٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٧٩ والمادتان ٥٨١ ـ ٥٨٢ المشار إليهما تقابلان المادتين ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٦١٧.

الحالات في الفقرات التالية:

أولاً: تجدر الإشارة إلى أن القاعدة السابقة من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولذلك يجوز أن يتفق البائع والمشتري على خلافها، بأن تكون تبعة الهلاك أو التلف على المشتري عند إبرام العقد، أي قبل التسليم.

ثانياً: يترتب على إعذار البائع للمشتري بتسلم المبيع انتقال تبعة الهلاك أو التلف من البائع إلى المشتري (م ٤٣٧ مدني) ولكي ينتج الأعذار هذا الأثر يجب أن يكون التزام المشتري بتسلم المبيع مستحق الأداء. وعلى ذلك إذا أعذر البائع المشتري ليتسلم المبيع قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري فلا يترتب على هذا الإعذار نقل تبعة الهلاك.

ثالثاً: إذا استعمل البائع حقه في الدفع بعدم التنفيذ وامتنع عن تسليم المبيع لأن المشتري لم يقم بدفع الثمن المستحق الأداء، وحدث في هذه الأثناء هلاك أو تلف للمبيع بقوة قاهرة فإن تبعة الهلاك تقع على المشتري لا على البائع لأن امتناع البائع عن التسليم كان امتناعاً مشروعاً ويجد سببه ومبرره في عدم قيام المشتري بما عليه من التزام مقابل بدفع الثمن (م ٤٦٠ مدني مصري)[1].

رابعاً: في حالة المبيع الواجب التصدير جعل المشرع تبعة الهلاك على المالك حيث تنص المادة ٩٤ تجاري على أن «البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك». وبذلك تكون تبعة الهلاك في البيوع التجارية على المالك، على خلاف البيوع المدنية حيث تكون تبعة الهلاك في الطريق على البائع، المدين بالالتزام بالتسليم، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري لأن مناط تحمل التبعة هو التسليم وهو لا يتم إلا بوصول المبيع على النحو السابق بيانه.

في القانون اللبناني:

سبق أن رأينا أن القاعدة في القانون اللبناني، كالقانون الفرنسي، هي أن تبعة الهلاك على المالك. هذه القاعدة يمكن استبعادها في الأحوال الآتية:

(١) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٤٥، ١٤٦.

١ ـ عندما يقوم المشتري بإعذار البائع بتسليم المبيع فإنه بذلك تنتقل تبعة الهلاك من المشتري إلى البائع. (مادة ١١٣٨/٢، والمادة ١٣٠٢/١ من التقنين الفرنسي).

٢ ـ يمكن أيضاً الاتفاق على فصل تبعة الهلاك عن نقل الملكية حيث أن هذه القاعدة من القاعدة المكملة لإرادة المتعاقدين، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافها.

٣ ـ كما أن نقل تبعة الهلاك ينفصل عن تاريخ إبرام العقد في كل مرة يتأخر فيها نقل الملكية، كبيع الأشياء المعينة بالنوع، وشرط الاحتفاظ بالملكية[١].

٤ ـ البائع يتحمل تبعة الهلاك إذا هو قبل أن يأخذ البضائع التي لا تناسب المشتري[٢].

(١) Com. 20 nov. 1979, sté Mécarex, Bull. IV, no 300, J.C.P. 81. II. 19615, note J. Ghestin; D. 80. I.R., 571 note B. Audit.

(٢) Com 24 nov. 1980, Bul. IV, no 391, D. 81, I.R. 545; note Meradal.

الفصل الثالث: الالتزام بالضمان

ـ نوعا الضمان:

لا يكفي أن يقوم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وأن يقوم بالتسليم إلى المشتري، بل يجب عليه أيضاً أن يضمن له انتفاعاً هادئاً كاملاً بالمبيع. فلا قيمة بالنسبة للمشتري أن يتسلم الشيء المبيع، ثم يراه بعد ذلك قد انتزع منه. ولذلك يلتزم البائع ألا يتعرض بنفسه للمشتري، وأن يدفع عنه كل تعرض من الغير يمكن أن ينسب إليه. فإذا تعرض المشتري لشيء من ذلك وترتب عليه أن جرد من المبيع كلياً أو جزئياً فإن على البائع أن يضمن له ذلك، أي يلتزم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسببه.

كما أنه لا قيمة لتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري إن لم يكن هذا الشيء صالحاً لتحقيق الغاية المقصودة منه. ولذلك فإن البائع يضمن للمشتري خلو المبيع من العيوب الخفية التي تحول دون تحقيق المبيع للغرض المقصود منه.

ويتضح مما سبق أن يقع على البائع التزام بضمان عدم التعرض الاستحقاق، والتزام بضمان العيوب الخفية.

وفي ذلك تنص المادة ٤٢٨ موجبات وعقود على «أن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمي إلى غرضين أولهما ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة، والثاني ضمان النقائص والعيوب الخفية في المبيع».

ويلاحظ أن الالتزام بالضمان، بنوعيه، وكذلك الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم، يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية وكذلك العقود المتعلقة

بالشيء والمقصود منها التمكين من الانتفاع بالشيء، كالإيجار والعارية. والالتزام بالضمان وإن كان يوجد في كل هـذه العقود إلا أن مضمونه ونطاقه يختلف من عقد إلى آخر. وعلى ذلك فإن القواعد التي سنعرض لها بصدد عقد البيع تعتبر هي القواعد العامة في هذا الضمان يتم الإحالة إليها بخصوص العقود الأخرى مع ذكر القواعد الخاصة بكـل عقد والتي لا تتفق مع هذه القواعد العامـة.

خطة الدراسة: وعلى ذلك سنعرض في فرعين على التوالي، لضمان عدم التعرض والاستحقاق، ولضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول: ضمان عدم التعرض والاستحقاق

- التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير:

وسبق أن رأينا أن البائع يضمن للمشتري عدم تعرضه الشخصي وكذلك عدم تعرض الغير له. وقد حدد المشرع الإطار القانوني لهذا الضمان. ولكن هذا التحديد القانوني لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه. ولنعرض لذلك على التوالي:

المبحث الأول: الضمان القانوني

وسنعرض في هذا المبحث للإطار القانوني لكل من ضمان عدم التعرض الشخصي، ولعدم التعرض الصادر من الغير في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: ضمان عدم التعرض الشخصي

التزام البائع بعدم التعرض:

- يضمن البائع عدم تعرضه للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، أي

يجب أن يمتنع عن كل ما من شأنه حرمان المشتري من السلطات التي يخولها له حق ملكية المبيع.

ولدراسة هذا الالتزام يجب أن نحدد نطاقه، ثم نبين أحكامه.

أولاً ـ نطاقه:

تنص المادة ٤٣٩ مدني مصري على أن «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي. . .».

وعلى ذلك سنعرض لنطاق هذا الالتزام من حيث العقد المنشىء له، ومن حيث الأفعال المكونة للتعرض.

١ ـ من حيث العقد المنشىء له:

وهذا الالتزام يعتبر نتيجة طبيعية لالتزام البائع شخصياً باتخاذ كل ما يلزم لضمان وضع اليد على المبيع والانتفاع به وحيازته حيازة هادئة ومقتضى ذلك أن يمتنع البائع عن التعرض للمشتري بأية صورة، سواء كان هذا التعرض للمشتري في الملكية أو في الحيازة، وسواء كان هذا التعرض كلياً أم جزئياً، مادياً أم قانونياً. وهذا طبقاً لقاعدة «من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض» «qui doit garantie ne peut évincer».

وهذا الالتزام ينشأ عن عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اشتراطه، ويستوي أن يكون هذا العقد مسجلاً أو غير مسجل، ففي جميع الأحوال البائع ملتزم بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة[1]. والتزام البائع بضمان التعرض مناطه ألا يكون عقد البيع باطلاً. إذ لكل من المتعاقدين التمسك بالبطلان بطريق الدفع أو الدعوى[2].

والالتزام بضمان عدم التعرض ينشأ عن عقد البيع أياً كان طبيعته، سواء كان

---

(١) نقض ١٨/١٢/١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ ص ٧٧٦، ١٦/٤/١٩٧٠، س ٢١ ص ٦٥٨.

(٢) نقض ٣١/٣/١٩٨٧ الطعن رقم ١٤٠٥ سنة ٥٣ ق.

البيع بيع مساومة أو بيع بالمزاد، أو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً.. وهذا بخلاف الضمان في العيوب الخفية حيث لا تجب في البيوع الجبرية، قضائية كانت أو إدارية.

٢ - من حيث الأفعال المكونة للتعرض:

يعتبر تعرضاً كل فعل يصدر من البائع يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها له حق ملكية المبيع. ويستوي أن يكون هذا الحرمان كلياً أو جزئياً، ويستوي أن يكون هذا التعرض مادياً أو قانونياً، وكذلك يجب أن نعرض للشروط الواجب توافرها حتى يتحقق ضمان التعرض، ثم نبين أنواع هذا التعرض.

أ - شروط التعرض: يشترط لقيام ضمان التعرض أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول: وقوع التعرض فعلاً، فمجرد الخشية من التعرض لا تخول للمشتري الرجوع بالضمان على البائع، فمثلاً مجرد تهديد البائع للمشتري بالتعرض له لا يكفي لقيام ضمان التعرض طالما لم يقع هذا التعرض بالفعل. وعلى ذلك، فإنه طالماأن التعرض لم يقع بالفعل فإن البيع يبقى منشئاً لالتزام البائع بضمان التعرض، ولا يسري التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض.

الشرط الثاني: أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول، كلياً أو جزئياً، دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، وبناء على ذلك إذا لم يكن يترتب على التعرض حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها حق الملكية له فإن ذلك لا يعتبر تعرضاً موجب للضمان، فمثلاً قيام البائع بالغراس أو بالبناء في الأرض المجاورة للأرض المبيعة لا يعتبر تعرضاً للمشتري في شيء ما دام لم يتعسف في استعمال حقه.

ب - أنواع التعرض: التعرض المادي والتعرض القانوني:

إذا توافرت الشروط السابقة فإنه يجب على البائع ضمان هذا التعرض، ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً، بخلاف ضمانه للتعرض

الصادر من الغير، إذ يقتصر على ضمان التعرض القانوني دون التعرض المادي.

ـ التعرض المادي (le trouble de fait):

والتعرض المادي هو كل فعل يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرماناً كلياً أو جزئياً دون أن يستند فيه إلى ادعاء حق[1]. مثال ذلك أن يزرع البائع أرضه المجاورة للأرض المبيعة بأشجار كثيفة وضخمة أدت إلى الإضرار بزرع المشتري، أو أن يجور على العين المبيعة عندما يقوم بزراعة أرضه المجاورة، أو أن يقوم بفتح متجر مجاور للمتجر الذي باعه ويقوم بنفس النشاط مما يؤدي إلى منافسة المشتري منافسة غير مشروعة[2]، أو يقوم المؤلف بطبع مصنفه مرة أخرى قبل نفاذ الطبعة أو الطبعات التي باعها.

ويعتبر من قبيل التعرض المادي بالنسبة للمشتري تصرف البائع في العقار المبيع مرة أخرى إلى مشتر ثان وقيامه بالتسجيل قبل المشتري الأول. هذا التصرف يعتبر عملاً مادياً بالنسبة للمشتري لأنه ليس طرفاً فيه، ولأن البائع لا يستند فيه إلى ادعاء حق، حيث أن هذا يتعارض مع التزام البائع بنقل الحق، وهذا يعتبر تعرضاً صادراً من الغير وهو في نفس الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثاني في تعرضه قد استمد حقه من البائع.

ـ التعرض القانوني le trouble de droit:

والتعرض القانوني هو كل تعرض يستند إلى ادعاء بحق يترتب عليه حرمان المشتري من كل أو بعض منافع الشيء المبيع. ويستوي أن يكون الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له. ومثال الادعاء بحق سابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً، وقبل أن يقوم المشتري بتسجيله يطلب البائع استرداد المبيع وتثبيت الملكية له باعتبار أنه لا يزال مالكاً للعقار، هذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه، إذ من يجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض[3]. ومثال

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٠ ص ١٥٠.
(٢) نقض ٨/٣/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٢٩١.
(٣) نقض ١٨/١٢/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٧٦.

الادعاء بحق لاحق على أن البيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة، في هذه الحالة يؤدي تملك البائع للمبيع إلى نقل الملكية إلى المشتري متى قام هذا الأخير بما يلزم من إجراءات لنقلها، كالتسجيل مثلاً. فإذا جاء البائع وادعى أنه مالك للمبيع في مواجهة المشتري اعتبر هذا تعرضاً منه يقع عليه ضمانه.

ويتضح مما سبق أنه في كل مرة يتعارض فيها ادعاء البائع مع التزامه بنقل الحق يعتبر تعرضاً[1] ولذلك إذا كان ادعاء البائع لا يتضمن هذا التعارض فإنه لا يعد تعرضاً موجباً للضمان، تطبيقاً لذلك فإن طلب البائع التنفيذ العيني على المبيع باعتباره دائناً بالثمن أو بما تبقى منه لا يعتبر تعرضاً، وكذلك عندما يطالب البائع ببطلان البيع أو إبطاله أو فسخه لتوافر الأسباب الموجبة لذلك فإن ذلك لا يعتبر تعرضاً، وكذلك لا يعتبر طلب البائع أخذ العقار بالشفعة عندما يبيعه المشتري تعرضاً[2].

٣- مدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضاً:

والفرض الذي نواجهه هو أن البائع يحتفظ بعد البيع بحيازة المبيع ويتوافر لديه عناصر وضع اليد المكسب بالتقادم الطويل فيتمسك في مواجهة المشتري بتملكه فيدفع المشتري في مواجهته بعدم جواز ذلك لأن ادعاء ملكية المبيع بالتقادم يعتبر تعرضاً له. فما هو الحكم في هذه الحالة؟

ذهب الفقه والقضاء في فرنسا[3] إلى أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن

---

(١) Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit no 355, p. 226, J.Huet, contrats, spéciaux op.cit, no 11284: p. 227.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ١٣٧ ص ٢١١، ٢١٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٥٠ ص ١٥٢. كما أن الدفوع والطلبات التي يبديها البائع في دعوى صحة التعاقد ليهاجم الإجراءات سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضي المدة، لا يعتبر من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع نقض ٣١/١/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٣٦٦.

(٣) انظر في ذلك

J.Huet, contrats, op.cit, no 11284, p. 227.
Civ. 13 mai 1912, D.P. 1913. I. 143, S. 1914. I. 209.

يحتج بالتقادم على المشتري لأنه ملتزم بضمان عدم التعرض وهذا الالتزام أبدي لا يسقط بالتقادم[1].

بينما تذهب محكمة النقض المصرية إلى عكس ذلك، وكان واقع الدعوى هو أن البائع كان مالكاً للمبيع وقت نزع ملكيته **وانتقلت ملكيته إلى المشتري بمقتضى حكم** رسو المزاد **بمجرد تسجيله**، لكن البائع المنزوعة ملكيته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجاجه بملكيته في مواجهة الكافة ومنهم المشتري، ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أبدي لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لأن معنى هذا أنه إذا حصل التعرض من البائع للمشتري في أي وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان فإذا سكت المشتري على هذا التعرض بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة انقلب سبباً مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع» وقد أقرت المحكمة المبدأ بقولها «متى كان الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان عليه قانوناً ـ كان هذا القول مخالفاً للقانون»[2].

ولكن محكمة النقض المصرية عادت وصاغت المبدأ على النحو التالي «إن التزام البائع بضمان عدم التعرض التزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر. وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم منازعة المشتري فيما كسب من حقوق بموجب هذا العقد، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم شروط وضع اليد على العين المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية، وبالتالي يمتنع عليهم دفع دعوى صحة ونفاذ العقد والتسليم بالتقادم المسقط»[3].

(1) Poitiers 24 mai 1945, 5.1946.2.42; civ. 3,20 nov. 1981 Bull. II, no 168, D.1982, I.R. obs. B. Audit.

(2) نقض ١٩٤٩/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ٦٩.

(3) نقض ١٩٥٤/٣/٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٥٦٩، نقض ١٩٦١/١٠/٢٦، س ١٢ ص ٦١٤، ١٩٦٣/٣/٢١ س ١٤ ص ٣٥٥، ١٩٦٣/٣/٢٨ س ١٤ ص ٣٩٨، ١٩٦٦/١/١٣ س ١٧ ص ١٢٣، ١٩٦٩/١/١٦، س ٢٠ ص ١٢٨، ١٩٧٠/٤/١٦، =

يتضح من ذلك أن الالتزام بالضمان يظل قائماً على عاتق البائع مهما طال الأمد، حتى ولو مضى على البيع مدة أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل. فلا يترتب على ذلك اكتساب البائع ملكية المبيع إذا كان تحت يده. ولكن إذا توافرت شروط وضع اليد، وكانت حيازته مستوفية للشروط القانونية، واستمرت خمس عشرة سنة اكتسب البائع الملكية بالتقادم لتوافر شروطه.

ويتضح من هذا القضاء أن التزام البائع بالضمان يظل قائماً أبداً سواء انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل في حالة العقار، أو لم تنتقل لعدم إنجاز إجراءاته، فتراخى المشتري في تسجيل عقد شرائه لا يسقط عن البائع التزامه بالضمان ولو كان هذا التراخي قد ترتب عليه نزع ملكية العين المبيعة من تحت يد المشتري⁽¹⁾.
وعلى ذلك إذا بدأ البائع في التعرض للمشتري بأن امتنع عن التسليم واتخذ مظاهر وضع اليد بقصد التملك، قام حق المشتري في الضمان منذ ذلك الحين. إذا انقضت مدة التقادم من وقت التعرض، أو بصفة عامة من وقت قيام البائع بما يدل على إنكاره حق المشتري، وتوافر أسباب وضع اليد لديه، دون قيام المشتري اتخاذ أي إجراء قاطع للتقادم، فإن أثر وضع اليد في إكساب الملكية بالتقادم يتوقف على التفرقة بين ما إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري أو لم تنتقل:

الفرض الأول: إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري بأن قام بتسجيل عقد بيعه، فإن وضع يد البائع في هذه الحالة يكون منتجاً ويؤدي إلى اكتسابه الملكية بالتقادم الطويل، وفي نفس الوقت تسقط دعوى المشتري في الضمان، لأنها دعوى شخصية. ومما يجب التأكيد عليه أن الملكية لم تسقط بالتقادم عن المشتري، لأن دعوى الاستحقاق التي تحميها لا يرد عليها التقادم المسقط، لكن كل ما هنالك أن هذه الدعوى تعطلت بتوافر سبب من أسباب كسب الملكية لدى البائع وهو وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. ولذلك فإنه ليس للبائع إلا أن يتمسك في مواجهة المشتري باكتساب الملكية بالتقادم

= ١٩٣٩، ١٢/١٢/١٩٨٥، الطعن رقم ٥٤٧ سنة ٥٢ ق، ٢٨/١/١٩٨٧، الطعن رقم ٥٣٣ سنة ٥٦ ق، ٢٤/٥/١٩٨٨، الطعن رقم ٥٤٢ سنة ٥٤ ق.

(١) نقض ١/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٠٥.

المكسب، بالتالي لا يحق له على الإطلاق أن يدفع بسقوط دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المشتري.

الفرض الثاني: إذا كانت الملكية لم تنتقل إلى المشتري لعدم تسجيل عقد بيعه، وبالتالي بقاء الملكية على ذمة البائع، فإن وضع يد البائع، في هذه الحالة، على العين المبيعة لا يكون منتجاً ولا يؤدي بأية حال إلى اكتسابه الملكية بالتقادم الطويل مهما طالت مدته[1].

وبالتالي لم يتوافر التعرض، المستند إلى الادعاء بحق، والذي يبدأ منه سريان تقادم دعوى الضمان[2]، ولذلك يظل البائع ضامناً، وبالتالي يكون للمشتري أن يطلب إليه تسليم المبيع أو أن يرفع دعوى صحة ونفاذ العقد، ويمتنع على البائع دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه (وخاصة أنه لم يتوافر لديه سبب قانوني لذلك)[3].

ومما تجدر ملاحظته أن هذه المشكلة لم يعد لها محل في المناطق التي طبق فيها السجل العيني حيث لا يجوز الاكتساب بالتقادم للحقوق المقيدة في السجل العيني، أو على خلاف ما هو مقيد في السجل العيني.

ونحن نعتقد أن موقف محكمة النقض تمليه الاعتبارات العملية حيث أن الغالب المألوف أن المشتري لا يقدم على التسجيل عقب البيع وأن هذا الحال يستمر فترة زمنية طويلة قد تتجاوز بكثير الخمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد ثم تستدعي الضرورة[4] بعد ذلك أن يقوم المشتري أو ورثته بتأكيد حقوقهم التي

(١) نقض ٢٤/٥/١٩٨٨ السابق الإشارة إليه.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٢١ هامش ٣ ص ٦٣١، ٦٣٢، وهو يرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة، لا من تاريخ صدور البيع، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً. فإذا رفع المشتري، بعد انقضاء المدة، دعوى الضمان، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه وأشار إلى إسماعيل غانم، مذاكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) نقض ٢٤/٥/١٩٨٨ السابق الإشارة إليه.

(٤) كأن يريد أحد المشترين اللاحقين للعين تسجيل عقده ولم تكن العقود السابقة قد سجلت=

اكتسبوها بموجب عقد البيع فيدفع البائع أو ورثته في مواجهتهم بسقوط دعواهم في صحة ونفاذ العقد بالتقادم المسقط فيؤدي ذلك إلى عدم استقرار الأوضاع. ولذلك نحن نعتقد أيضاً أن الاستثناء الذي أقرته محكمة النقض في حالة توافر شروط وضع اليد المكسب لدى البائع أو ورثته بعد تاريخ البيع يستجيب لنفس الاعتبارات هي استقرار التعامل.

في القانون اللبناني:

ولا تثور المشكلة بطبيعة الحال إلا بالنسبة للأراضي غير الممسوحة، وقد أخذت محكمة التمييز بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية[1].

ثانياً: أحكامه:

وسنعرض في هذا المجال لرابطة الالتزام بالضمان، ثم لجزاء مخالفة هذا الالتزام.

١- رابطة الالتزام بالضمان:

يتضح مما سبق أن المدين في الالتزام بضمان التعرض هو البائع وأن الدائن هو المشتري. ولنعرض لذلك لمعرفة طبيعة التزام البائع وحق المشتري.

أ- التزام البائع بضمان عدم التعرض الشخصي لا يقبل التجزئة:

ولا تظهر أهمية هذه الخاصية إلا إذا تعدد أطراف الالتزام. فإذا تعدد البائعون، كان كل منهم ملزماً بالضمان. والتزام البائع بضمان عدم التعرض هو التزام بامتناع عن عمل، فهو بطبيعته غير قابل للانقسام حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً للانقسام.

= فيضطر رفع دعوى صحة ونفاذ العقد على سلسلة البائعين غير المسجلين حتى تنتقل إليه الملكية في النهاية ففي هذه الحالة لا يجوز لأحد البائعين أو ورثتهم دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط بمضي خمس عشرة من وقت البيع.

(١) تمييز مدني، غرفة ثانية قرار ٢٦ في ٢٦/٢/١٩٦٠ مجموعة باز ٨ ص ١٢٢ وأيضاً في حكم سابق لها قرار رقم ٩٢ في ٣٠/١/١٩٦٠ مجموعة باز ٨ ص ١٥٣ وانظر في تفصيل أكثر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٦٢ ص ٣٣٢ وما بعدها.

ويترتب على ذلك أنه لو تعلق الالتزام بضمان عدم التعرض بذمة أكثر من شخص واحد، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعددين، بل يكون كل منهم مديناً بالالتزام كله[1] فلو باع شريكان على الشيوع معاً الدار التي يملكانها، التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في حدود نصيبه.

والالتزام بضمان عدم التعرض لا ينتقل إلى الخلف العام، لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث، بل يبقى ديناً في التركة[2] فإذا باع شخصاً عيناً مملوكة لأحد ورثته ثم مات، فإن الوارث باعتباره مالكاً حقيقياً لهذه العين يستطيع أن يستردها من المشتري. وفي هذه الحالة لا يستطيع المشتري أن يدفع في مواجهته بعدم جواز ذلك لأنه ملتزم بالضمان باعتباره وارثاً للمورث البائع. فهذا الالتزام لم ينتقل إلى هذا الوارث - المالك الحقيقي للعين وذلك لاستقلال ذمته عن ذمة مورثه. وعلى ذلك لا يبقى للمشتري إلا أن يرجع على التركة بضمان الاستحقاق مطالباً بقيمة المبيع والتعويضات، وبعد الوفاء بديون التركة ومن بينها الالتزام بالضمان توزع على الورثة إن بقي منها شيئاً.

كما أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الخلف الخاص، فلو باع شخص عقاراً، ثم أوصى به لشخص آخر، وبعد موته بادر الموصي له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليدفع به عند مطالبة الموصى له باسترداده. لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصي إلى الموصى له باعتباره خلفاً خاصاً له، بل بقي في التركة. وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له. ولا يخلص العقار للموصى له إلا إذا كان لا يزيد عن ثلث التركة[3].

ولا يتعدى الالتزام بضمان عدم التعرض البائع إلى دائنه، فلو باع شخص

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٣٢ ص ٦٣٣.

(٢) انظر في ذلك نقض ٢٦/١٢/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٩٦٠.

(٣) السنهوري، نفس المرجع نفس الموضع.

عقاراً مملوكاً له، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه، فإن هذا الالتزام لا يتعدى البائع إلى دائنيه[1].

ب ـ حق المشتري في ضمان عدم التعرض الشخصي:

المشتري له حق في ضمان عدم التعرض. وهذا الحق ينتقل إلى الخلف العام لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث. فيستطيع وارث المشتري أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض كما كان يحتج مورثه وهذا الحق ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة. فالمشتري من المشتري له أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان عدم التعرض. وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني.

كما أن دائن المشتري له أن يحتج بالتزام البائع بضمان التعرض الشخصي فإذا باع شخص عيناً غير مملوكة ثم ملكها، لأي سبب من أسباب كسب الملكية، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري لالتزامه بعدم التعرض، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام[2].

٢ ـ جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان:

سبق أن رأينا أن التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم[3].

فإذا أخل البائع بهذا الالتزام وتعرض فعلاً للمشتري، كان لهذا الأخير أن يطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل والفسخ.

فإذا تعرض البائع، أو ورثته، تعرضاً مادياً فيكون للمشتري، أو ورثته، أن

---

(١) السنهوري، السيط، جـ ٤ فقرة ٣٣٢ ص ٦٣٣.
(٢) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٣٣ ص ٦٣٥.
(٣) نفس المرجع، فقرة ٣٣٥ ص ٦٣٦، ٦٣٧.

يطلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً، ويكون ذلك بمنع البائع من القيام بالفعل الذي يشرع فيه، أو يمنعه من الاستمرار فيما بدأ فيه، أو بإزالة ما تم منه[1]. فإذا شرع البائع في وضع يده على الأرض المبيعة طلب منعه من ذلك، وإذا وضع يده فعلاً طلب إخراجه منها، وإذا شرع المؤلف البائع في طبع طبعة ثانية طلب منعه أو منع الاستمرار في الطباعة أو منع توزيع ما طبع[2] فإذا قام البائع بمنافسة المشتري في المتجر المبيع، بفتح آخر في نفس المنطقة وعقب البيع لممارسة نفس النشاط، كان للمشتري أن يطلب بإغلاق البائع لمتجره المنافس، ويجوز للقاضي في سبيل تنفيذ ذلك الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر، كما أن للمشتري أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذه المنافسة.

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعي لنفسه حقاً على المبيع، كما هو الشأن بالنسبة لمن باع عيناً مملوكة لغيره ثم تملكها بعد ذلك ويطلب استرداد العين من المشتري باعتباره مالكاً لها في هذه الحالة سيدفع المشتري هذه الدعوى بالتزام البائع بضمان عدم التعرض.

وبصفة عامة في كل مرة يتضح فيها أن التنفيذ العيني غير ممكن، أو لم يطلبه المشتري ولم يعرض البائع، حكم بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض، ويجوز دائماً للمشتري أن يطلب الفسخ لإخلال البائع بالتزامه بالضمان الناشىء عن العقد مع التعويض إن كان له مقتضى.

المطلب الثاني ضمان عدم تعرض الغير

ـ التزام البائع بدفع تعرض الغير:

تنص المادة ٤٣٩ مدني على أن «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري من الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٢ ص ١٥٧.

(٢) نفس المرجع، نفس الموضع.

بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

وكما هو واضح فإن محل التزام البائع هو دفع التعرض عن المشتري، وهذا الالتزام التزام بعمل. ولذلك يجب على البائع للوفاء بهذا الالتزام أن يصل فعلاً إلى دفع هذا التعرض. فهذا التزام بتحقيق نتيجة. وعلى ذلك لا يكفي فيه أن يبذل البائع جهده في دفع التعرض، وإذا لم يفلح البائع في دفع هذا التعرض مما يترتب عليه استحقاق المبيع كلياً أو جزئياً من تحت يد المشتري كان على البائع أن يعوضه عما أصابه من ضرر عن هذا الاستحقاق، وهذا ما يسمى بضمان الاستحقاق.

- وسوف نقوم أولاً بتحديد نطاق هذا الالتزام، ثم نبين بعد ذلك أحكامه.

أولاً - نطاقه:

وهنا سنعرض لهذا النطاق من حيث البيع الذي ينشيء الضمان، ثم نعرض لشروط تعرض الغير الموجب للضمان.

١ - من حيث البيع الذي ينشيء الضمان:

كل بيع ينشيء ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير. ويستوي في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل، ويستوي في ذلك أن يكون البيع بيع مساومة أو بيع بالمزاد أو أن يكون بيعاً قضائياً أو إدارياً.

ويتضح من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب في بيع المزاد، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية. فإذا تم البيع جبراً بناء على طلب الدائنين، فإنه ينشأ عن هذا البيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير. وهذا الالتزام يقع على عاتق البائع الذي بيع المال جبراً عنه، ولا شأن للدائنين الذين طلبوا بيع المال بهذا الالتزام. وعلى ذلك إذا تعرض المشتري الراسي عليه المزاد إلى نزع ملكيته من قبل المالك الحقيقي للعين، فإن هذا المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين، وإن كان هذا الرجوع غير مجد إذ الفرض أنه معسر. ومع ذلك يستطيع الراسي عليه المزاد أن يرجع على الدائن أو الدائنين الذين طلبوا البيع على أساس المسئولية التقصيرية إذا

أثبت أنهم كانوا يعلمون أو كان ينبغي عليهم أن يعلموا أنهم ينفذون على مال مملوك لغير مدينهم، أو على أساس قبض غير المستحق إذا لم يكن هناك غش أو تقصير من جانبهم، وذلك بعد إبطال البيع على أساس أنه بيع لملك الغير واسترداد الثمن.

٢ - من حيث شروط التعرض الصادر من الغير الموجب للضمان:

التعرض أياً كان مصدره هو كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي تخولها له ملكية الشيء المبيع. ولكن بالنسبة للتعرض الصادر من الغير يجب أن يتوافر فيه عدة شروط حتى يقوم ضمان البائع له. وهذه الشروط هي التي تحدد نطاق التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير. وتتمثل هذه الشروط في ثلاثة:

أ - أن يكون التعرض قانونياً:

وفي هذا يختلف ضمان التعرض الصادر عن الغير عن ضمان البائع لتعرضه الشخصي. ففي هذا الأخير يستوي أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً. أما بالنسبة لتعرض الغير فهو لا يضمن إلا التعرض القانوني[1].

والتعرض القانوني، هو الذي يستند فيه المتعرض إلى الادعاء بحق يحتج به على المشتري ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان. ويستوي في الحق الذي يدعيه الغير أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً. ومثل الحق الشخصي، حق المستأجر فإذا كانت العين المبيعة مؤجرة للغير وكان الإيجار نافذاً في حق المشتري لثبوت تاريخه قبل البيع وتعرض المستأجر للمشتري في انتفاعه بالعين مستنداً إلى حقه كمستأجر كان هذا تعرضاً يضمنه البائع.

مثل الحق العيني الذي يدعيه الغير على المبيع، ادعاء الأجنبي بأنه هو المالك وطالب باستحقاق المبيع، وقد يكون الحق العيني حق رهن يدعيه الغير

(١) نقض ١٨/١١/١٩٣٧ الطعن رقم ٣٠ سنة ١٥، سعيد شعلة ص ٢٥٦، وقارن نقض ٢/٥/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض، س ١٤ ص ٦٣١.

على المبيع أو حق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حق الحكر.

وبذلك لا تدخل الأفعال المادية الصادرة من الغير والتي تخل بانتفاع المشتري في نطاق الضمان إذ في هذه الحالات يجب على المشتري أن يتكفل بحماية حقه بالوسائل التي يخولها له القانون. فمثلاً إذا قام أجنبي باغتصاب العين المبيعة، أو منافسة مشتري المحل التجاري منافسة غير مشروعة فلا يمكن أن يسأل البائع عن ذلك.

ب) أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع، أو أن يكون تالياً له ولكنه مستمد من البائع:

وإذا كان البائع يلتزم بضمان عدم تعرض الغير فإنه يجب أن يكون سبب هذا التعرض مما يمكن أن يسأل عنه البائع. وهذا لا يتحقق إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع. فالبائع يسأل عنه لأنه نقل الحق محملاً بسبب التعرض. كما أن هذا الحق مما يحتج به على المشتري وعلى ذلك إذا كان الحق الذي يدعيه الغير على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع فإن البائع يكون غير مسؤول عن الضمان.

فالبائع يلتزم بالضمان إذا ادعى الغير أنه كان مالكاً للمبيع وقت العقد وأن البائع قد باع ما لا يملكه سواء كان قد كسب حقه من البائع بالشراء أو غيره من أسباب كسب الملكية[1] وكذلك إذا كان له وقت البيع حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أياً كان سبب كسبه.

(١) ولا يشترط في الحق العيني الذي يضمنه البائع وقت البيع أن يكون من فعل البائع، إذ يمكن أن يكون مصدره غير البائع لأن النص مطلق في هذه الحالة نقض ١٩٤٩/٣/٣١ الطعن رقم ١٩٧ سنة ١٧ ق سعيد شعلة ص ٢٥٥ وانظر عكس ذلك نقض ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٩٣٣ حيث قالت المحكمة أنه «إذ تقضي المادة ٤٣٩ من القانون المدني بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري فقد أفادت ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أنه يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العيني هو فعل البائع».

أما إذا كان المتعرض لم يكسب حقه إلا بعد البيع فالبائع لا يلتزم بالضمان فإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع، لم يكن البائع ضامناً، ليس فحسب لأن حق المستأجر للعين المبيعة لاحق للبيع، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتج به على المشتري.

الحالة الثانية: إذا كان الحق الذي يدعيه الغير تالياً للبيع ولكنه مستمد من البائع، ومثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً ثم يبيعه إلى مشتر ثان سبق بتسجيل عقده، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول، ومع ذلك يكون البائع مسؤولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول لأن حق المشتري الثاني مستمد من البائع نفسه، وكذلك إذا باع البائع المنقول مرة أخرى وسلمه للمشتري الثاني الذي تملكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري عقد بيعه. أما إذا كان الغير قد كسب حقه عن غير طريق البائع فلا ضمان[1]، كما لو نزعت ملكية المبيع ولو قبل التسجيل، وكذلك إذا وضع الأجنبي يده على المبيع واستمر واضعاً يده حتى اكتملت المدة واكتسب عليه حقاً عينياً كالملكية أو الانتفاع أو الارتفاق، كما يضمن البائع إذا كان وضع اليد قد بدأ قبل البيع ولم تكتمل مدته إلا بعد البيع والتسليم بشرط أن تكون المدة الباقية بعد التسليم تكفي لأن يقوم المشتري بقطع التقادم لو بذل في ذلك عناية الرجل العادي، فإذا لم تكن المدة الباقية كافية كان البائع ضامناً لأن الحق يعتبر في هذه الحالة كما لو كان موجوداً وقت البيع[2].

والقاسم المشترك في كل هذه الحالات أن البائع يكون مسؤولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادر منه هو في وقت واحد، ولذلك لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان في هذه الحالة لقيام وجه التعرض الشخصي.

(١) ولذلك لا يعتبر التأميم تعرضاً موجباً للضمان نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٧٧٢.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٤ ص ١٦٧، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٤٢ ص ٦٥٠.

ب - ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، بصفة عامة، أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق. على أن حق الارتفاق يكفي لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به، وهذا حكم خاص بحق الارتفاق أورده المشرع في المادة ٢/٤٤٥ مدني تأثراً بتقاليد التقنين المدني الفرنسي.

أما في القانون اللبناني تنص المادة ٤٣٩ موجبات وعقود على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة (المقصود حقوق ارتفاق غير ظاهرة) لم يصرح بها وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ عوض».

ج - يلزم أن يقع التعرض فعلاً للمشتري:

لكي يكون للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان يلزم أن يقع التعرض فعلاً للمشتري من جانب الغير بادعاءه حقاً على المبيع. وعلى ذلك فإن مجرد الخشية من وقوع التعرض لا يكفي لرجوع المشتري على البائع[1]. فمجرد وجد حقوق تثقل المبيع، كانتفاع أو ارتفاق أو رهن، لا تكفي للمطالبة بالضمان[2] لأنه من المحتمل ألا يتمسك الغير بحقه ويبقى المشتري منتفعاً بالمبيع بهدوء. لكن عندما يتخذ الغير موقفاً إيجابياً مستنداً إلى هذا الحق وكان من شأن ذلك حرمان المشتري من كل أو بعض المنافع والمزايا التي يخولها له حقه، فيكون للمشتري في هذه الحالة أن يطلب تدخل البائع لدفع هذا التعرض.

وغالباً ما يتمثل وقوع التعرض فعلاً من جانب الغير في رفع دعوى على المشتري للمطالبة بالحق الذي يدعيه. وهذه الدعوى تختلف بطبيعة الحال باختلاف الحق الذي يدعيه الغير. فقد تكون دعوى استحقاق كلي يطالب بموجبها

(١) نقض ١٩٤٠/١٢/٥، الطعن رقم ٤٥ سنة ١٠ ق، سعيد شعلة ص ٢٥٤.

(٢) نقض ١٩٣٢/٣/٣، الطعن رقم ٤٣ سنة ١ سعيد شعلة ص ٢٥٤.

الغير المشتري بملكية المبيع كله، أو دعوى استحقاق جزئي إذا انحصرت المطالبة في ملكية بعض المبيع، وقد تكون دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع، أو دعوى ارتفاق، أو دعوى إيجار. وقد يكون التعرض في شكل دفع لا في شكل دعوى ومثل ذلك إذا كان المبيع في يد الغير فيطالبه به المشتري بعد البيع فيدفع الغير دعوى المشتري بالحق الذي يدعيه على المبيع.

وقد يقع التعرض دون دعوى، ودون أن تنزع الحيازة من بين يدي المشتري وذلك إذا تغير سند ملكية المشتري بأن صار الشيء مملوكاً له لسبب آخر ومثل ذلك إذا باع شخص شيئاً غير مملوك له، ثم انتقل هذا الشيء بعد ذلك بالميراث أو بأي سبب آخر من المالك الحقيقي إلى المشتري، ففي هذه الحالة تعتبر العين قد استحقت للمالك الحقيقي أولاً ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من هذا المالك إلى المشتري. ومن ثم تكون العين استحقت فعلاً، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق[1].

ثانياً ـ أحكامه:

وسنعرض في هذا المجال لرابطة الالتزام بالضمان، ثم نبين بعد ذلك جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

١ ـ رابطة الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير:

تبين لنا مما سبق أن البائع هو الملتزم بضمان التعرض الصادر من الغير، وأن المشتري هو صاحب حق في هذا الضمان، لذلك ينبغي الوقوف الآن على طبيعة كل من التزام البائع وحق المشتري في هذا الضمان.

أ ـ التزام البائع بضمان تعرض الغير ومدى قابليته للانقسام:

المدين في الالتزام بضمان تعرض الغير هو البائع، فهو الضامن لهذا التعرض.

هذا الالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف العام للبائع، والسبب في ذلك أن

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٤٠ ص ٦٤٣، ٦٤٤.

الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة[1] فمثلاً إذا باع شخص عيناً مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ومن ثم يرجع هذا الأخير بالتعويض على تركه البائع لا ورثته، وإما أن المالك الحقيقي لا يفلح في ذلك كأن يكون المبيع منقولاً ملكه المشتري بمقتضى قاعدة الحيازة، وفي هذه الحالة ليس أمام المالك الحقيقي إلا أن يرجع بالتعويض على التركة لا على الورثة.

كما أن هذا الالتزام لا ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص، فمثلاً إذا باع شخص عيناً وانتقلت ملكيتها إلى المشتري ثم باع نفس العين لمشتر ثان، فإن البائع يكون مسؤولاً عن الضمان نحو المشتري الثاني ولا شأن للمشتري الأول وهو خلف خاص للبائع، بذلك.

وهذا الالتزام لا يتعدى أثره إلى دائن البائع، فإذا باع شخص عقار مملوكاً له ولم يسجل المشتري البيع وكان أحد دائني البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في نزع ملكيته، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج في هذه الحالة على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير[2].

والتزام البائع بضمان تعرض الغير يعتبر التزاماً غير قابل للانقسام إذا ما طالب المشتري بتنفيذه عيناً، فإذا باع شريكان على الشيوع المال الشائع، ثم ادعى الغير حقاً على المبيع كان للمشتري أن يطالب أي منهما بجعل الغير يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب. أما إذا كان تنفيذ الالتزام بضمان تعرض الغير بمقابل، ومحله مبلغ من النقود، فإنه يكون قابلاً للانقسام، وفي هذا المثال لو نجح الغير في تعرضه واستحق المبيع من تحت يد المشتري، فإن المشتري لا يرجع بضمان الاستحقاق على البائعين إلا بقدر نصيب كل منهما في المال الشائع.

ب - حق المشتري في ضمان تعرض الغير:

المشتري هو صاحب الحق في ضمان تعرض الغير. وهذا الحق ينتقل إلى

---

(1) نقض ٢٩/٤/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ٨٤٤ وتقضي المحكمة بأن الالتزام بالضمان طبقاً لنص المادة ٤٣٩ مدني ينتقل من البائع إلى ورثته.

(2) السنهوري، الوسيط جـ ٤، فقرة ٣٤٣ ص ٦٥٣، ٦٥٤.

خلفه العام، حيث أن الحقوق، على خلاف الالتزامات، تنتقل إلى الورثة. وعلى ذلك يستطيع ورثة المشتري بعد وفاته أن يرجعوا على البائع بضمان التعرض إذا صدر تعرض لهم من جانب الغير كما كان يحق لمورثهم ذلك.

وهذا الحق ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة. فإذا باع شخص عقاراً، ثم باع المشتري العقار إلى مشتر ثان، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشتري الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول. فإذا استحق العقار للغير من يد المشتري الثاني بعد أن ثبتت ملكيته له، فإن الرجوع يتمثل في الصور الآتية:

الفرض الأول: أن المشتري الثاني يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول باعتباره البائع له.

الفرض الثاني: أن يرجع المشتري الثاني على البائع بضمان الاستحقاق عن طريق الدعوى غير المباشرة نيابة عن المشتري الأول باعتباره مديناً له. ولكنه في هذه الدعوى يستعمل حق مدينه وبالتالي سيتعرض لمزاحمة باقي دائني المدين (المشتري الأول).

الفرض الثالث: أن يرجع المشتري الثاني بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع وذلك بمقتضى دعوى مباشرة، وهذه الدعوى المباشرة انتقلت إليه من المشتري الأول باعتبارها من ملحقات البيع[1]. وهذه الدعوى يستعملها المشتري باسمه ولحسابه وبذلك لا يتعرض لمزاحمة دائني المشتري الأول. كما أن هذه الدعوى تنجلي فائدتها أكثر عندما لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على بائعه (المشتري الأول) كأن يكون اشترط عدم الضمان، فلا يبقى أمامه إذن إلا الرجوع على البائع بالدعوى المباشرة التي انتقلت إليه مع العين

---

(١) وهذا يقتضي أن يكون البيع مسجلاً، أما إذا كان البيع غير مسجل فإن المشتري لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع ولا يعدو أن يكون دائناً شخصياً لهذا البائع، فمن ثم لا يستطيع أن يرجع على البائع لبائعه بضمان التعرض إلا استعمالاً لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، نقض ٣/ ٤/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١٠٢٧، ١٤/ ٦/ ١٩٨٧ الطعن رقم ٨٩٦ سنة ٥٣ ق.

المبيعة بالرغم من شرط عدم الضمان في العلاقة بينه وبين المشتري الأول (بائعه). مع ملاحظة أنه لا يحق له أيضاً في هذه الحالة استعمال دعوى مدينه بالضمان (المشتري الأول) وهي الدعوى غير المباشرة، لأنه غير دائن بالضمان له نتيجة لشرط عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما.

كما أن دائن المشتري يستطيع أن يحتج بالتزام البائع بضمان تعرض الغير، فإذا باع شخص عيناً غير مملوكة له، ثم استحقت العين في يد المشتري، فإن دائن المشتري يرجع على البائع بالدعوى غير المباشرة ليطالبه بما هو ثابت في ذمته من تعويض عن الاستحقاق لمدينه (المشتري) وفي هذه الحالة سيتعرض الدائن لمزاحمة باقي دائني المشتري.

٢ ـ جزاء الإخلال بالالتزام:

ـ التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل:

إذا تعرض الغير للمشتري تعرضاً يضمنه البائع على الوجه السابق بيانه، كان على البائع أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً بأن يدفع عن المشتري هذا التعرض، فإذا عجز عن التنفيذ العيني على هذا النحو، ونجح الغير في إثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعي به، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالضمان، وهو التزام بتحقيق نتيجة؛ وبالتالي وجب عليه التعويض، فيعوض المشتري عما أصابه من الضرر باستحقاق المبيع في يده، وهو ما يسمى ضمان الاستحقاق، وقد حدده القانون على النحو الذي سوف نراه.

أ ـ التنفيذ العيني ـ التزام البائع بدفع التعرض:

تنص المادة ٤٤٠ مدني مصري على أنه: «١ ـ إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات، أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله».

«٢ ـ فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه».

«٣ ـ وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه

حكم حاز قوة الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق».

وتنص المادة ٤٤١ مدني مصري على أنه «يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٢٩ موجبات وعقود على «أنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان، فالبائع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه، ومن الأعباء المدعي بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع».

وتنص المادة ٤٤١ موجبات وعقود عى أنه «إذا دعي المشتري إلى المحاكة بناء على طلب شخص ثالث يدعي حقوقاً على المبيع، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة فإن لم يفعل وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة، فقد حقه في الضمان، إلا إذا أثبت أن البائع وأن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها» ولدراسة هذه النصوص نعرض لما يلي:

أولاً ـ الفرض الذي يواجهه المشرع لتعرض الغير ـ دعوى استحقاق:

يتضح من هذه النصوص أنها تفترض أن الغير قد تعرض للمشتري فعلاً، وأن هذا التعرض اتخذ شكل دعوى استحقاق رفعها الغير على المشتري. وهذا الفرض يمثل الوضع الغالب.

ولا يقصد بدعوى الاستحقاق هنا مفهومها الفني الدقيق، باعتبارها الدعوى التي تحمي حق الملكية. وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق هنا المعنى الفني لهذه الدعوى أي التي يدعي فيها الغير بأنه يملك المبيع كله أو بعضه، علاوة على أنها تشمل كل دعوى يدعي فيها الغير حقاً على المبيع، سواء كان هذا الحق حقاً عينياً

كحق الرهن، وحق الانتفاع، وحق الارتفاق، أو حقاً شخصياً كحق الإيجار، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق.

ثانياً - وسائل دفع البائع للتعرض - والإخطار الواجب من جانب المشتري وأثره:

ويكون تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً في هذه الحالة عن طريق تدخله في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو ليحل محله في هذه الدعوى وذلك ليدفع هذا التعرض بكل الوسائل القانونية المتاحة له ليصل إلى الحكم برفض دعوى الغير.

في مقابل ذلك يجب على المشتري عندما ترفع عليه الدعوى من المتعرض أن يخطر بها البائع ليتولى الدفاع عنه وليدفع عنه هذا التعرض. ويجب أن يكون هذا الإخطار في وقت ملائم يسمح للبائع اتخاذ ما يلزم من الوسائل لدفع هذا التعرض[1] ولا يشترط شكل في هذا الإخطار، فقد يكون على يد محضر، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو حتى مشافهة ولكن على المشتري عبء إثبات حصوله في هذه الحالة. لكن عدم الإخطار لا يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع عند الاستحقاق، وإنما قد تعرضه لفقد حقه في الرجوع على النحو الذي سنبنيه. والواجب على المشتري هو الإخطار فقط، وبالتالي لا يجب عليه إدخاله في الدعوى.

ونعرض الآن لحالة إخطار المشتري وأثره، وكذلك حالة عدم إخطاره وأثره.

الحالة الأولى: حالة إخطار المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير: يترتب على ذلك أنه يجب على البائع أن يهب إلى معاونة المشتري في رفع دعوى التعرض أو أن يحل محله فيها. وعلى ذلك فإن البائع سيحدد موقفه من هذه الدعوى بعد إخطاره من جانب المشتري إما بالتدخل فيها أو عدم التدخل:

---

(١) أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام المشتري دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محلاً للإخطار، نقض ٢٧/ ٤/١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ص ١١٤٥، كما لا يلزم هذا الإخطار إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد نقض ٢٢/٢/١٩٦٨، س ١٩ ص ٣٤٥.

الفرض الأول: إذا تدخل البائع في الدعوى وفقاً للأوضاع المبينة في قانون المرافعات (م ١٢٦، م ١٢٦ مكرر، م ١٢٧ من قانون المرافعات). كان المشتري بالخيار، فإما أن يطلب الخروج من الدعوى تجنباً لعناء الخصومة والحكم عليه بالمصاريف في حالة إذا ما حكم لصالح طالب الاستحقاق. وإما أن يبقى فيها إلى جانب البائع، وهذا أفضل له من ناحيتين:

الأولى: أنه يستطيع مراقبة البائع في دفاعه ويضمن عدم تواطئه مع المدعي.

الثانية: أن ذلك يتيح له التقدم بطلب فرعي بضمان الاستحقاق في حالة ثبوته، بشرط أن يكون ذلك داخلاً في اختصاص المحكمة المنظور الدعوى أمامها، وبالتالي يحكم القاضي في الدعوى الأصلية والطلب الفرعي الموجه من المشتري إلى البائع بحكم واحد إذا أمكن ذلك.

ونتيجة هذا التدخل قد تسفر عن نجاح البائع في دفع التعرض والحكم برفض دعوى الغير فيكون بذلك قد أوفي بالتزامه عيناً. وقد لا يفلح في دفع هذا التعرض فيحكم للغير بالاستحقاق فيكون البائع بذلك قد أخل بالتزامه فيكون ضامناً الاستحقاق أي ملتزماً بالتعويض الذي يحق للمشتري أن يطالب به إذا لم يكن قد تقدم بطلب فرعي أثناء نظر الدعوى أو إذا كان قد خرج من الدعوى.

الفرض الثاني: إذا لم يتدخل البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره من جانب المشتري فإن موقف المشتري في هذه الحالة لا يخرج عن أحد ثلاثة أمور:

ـ أن يسير المشتري في الدعوى وحده ويتولى الدفاع عن حقه في مواجهة الغير، فإذا حكم برفض دعوى الغير، فقد انتهى التعرض، وانتهى معه التزام البائع بالضمان، ولا رجوع للمشتري على البائع بشيء اللهم بما قد يكون تجشمه من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه.

ـ أن يقر المشتري وهو حسن النية للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه إذا رأى أن الغير محق في دعواه أو أن السير في الدعوى غير مجد فإن هذا العمل من جانب المشتري يكون له شأن الحكم الصادر في مصلحة المتعرض، بالتالي يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق. لكن بالرغم من ذلك فإنه

ما زال أمام البائع أن يدفع هذا الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه أو أن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ مدني) فإن نجح في ذلك فقد المشتري حقه في الضمان. لكن إذا ظهر أن الأجنبي على حق في دعواه فإن للبائع أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني، ٤٤٠ موجبات وعقود).

ـ أن يفشل المشتري في دفع دعوى المتعرض وأن يقضي للمتعرض بما ادعاه من حق بموجب حكم نهائي، فقد بذل المشتري كل ما في وسعه، أخطر البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يسلم بحق المتعرض بل دفع دعواه بما يملك من وسائل، فإن الحكم باستحقاق المبيع بالرغم من ذلك معناه أن البائع قد أخل بالتزامه بضمان عدم التعرض ويكون للمشتري أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق، أي بالتعويض. وحيث أن الاستحقاق قد ثبت بحكم قضائي بعد كل ما بذله المشتري من جهد ودون أن يرتكب أي تقصير فإن البائع لا يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويض إلا إذا أثبت أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه (م ٤٤٠ مدني)[1] وهذا ما ينبغي الأخذ به في القانون اللبناني لاتفاقه مع القواعد العامة[2].

الحالة الثانية: إذا لم يخطر المشتري البائع في الوقت الملائم، ولم يدخل البائع في الدعوى، وسار المشتري في الدعوى وحده. فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

الفرض الأول: أن ينجح المشتري في دفع التعرض، ويحكم برفض طلبات الغير، فإنه بذلك ينتهي التعرض، وينتهي معه التزام البائع بالضمان.

الفرض الثاني: إذا خسر الدعوى بأن حكم للغير بالاستحقاق فقد نص المشرع على حكم هذه الحالة في المادة ٣/٤٤٠ مدني بنصها على أنه «إذا لم يخطر

---

(١) أنظر في الفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٧٦ ص ٣٧١، ٣٧٢.

المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق».

ويتضح من ذلك أن عدم الإخطار لم يحرم المشتري من الرجوع على البائع بالضمان إذا ما حكم بالاستحقاق للغير ولكن عدم الإخطار قد يعرضه لفقد حقه في الرجوع إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها كما لو قدم مستندات تثبت عدم أحقية الأجنبي للحق الذي حكم به.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٤١ موجبات وعقود على أنه «إذا دعي المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعي حقوقاً على المبيع، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة فإن لم يفعل وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة، فقد حقه في الضمان، إلا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها».

في القانون اللبناني يترتب على عدم دعوة البائع إلى التدخل في الدعوى أو عدم تدخله في دعوى الاستحقاق وصدور حكم بالاستحقاق أن يكون للمشتري الحق في الرجوع بالضمان إذا هو أثبت أن تدخل البائع في الدعوى لم يكن يغير من الأمر شيئاً. فعبء الإثبات هنا على المشتري لا على البائع كما هو في القانون المصري.

(ب) التنفيذ بطريق التعويض ـ ضمان الاستحقاق:

١ ـ متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق؟

يكفي للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه، ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائي بنزع ملكية المبيع من المشتري[1]، بل يقصد به

(١) نقض ١٨/١١/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٩٤٤؛ ٥/١١/١٩٨٦ الطعن رقم ٦٠٥ سنة ٥١ ق.

أي تعرض له من شأنه أن يؤدي إلى نزع الشيء المبيع، حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع[١].

وكذلك الأمر إذا رفعت دعوى استحقاق وانتهت بالحكم للمتعرض باستحقاق المبيع كله أو بعضه[٢]. أو إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه بعد رفع دعوى، أو سلّم له بحقه بدون دعوى ولم يفلح البائع في إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

في جميع هذه الأحوال يحق للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، أي بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع. هذا التعويض يتوقف مقداره على ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً. كما أنه إذا كان المشتري قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق، فيجب على البائع، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق، أن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل:

(أولاً) ـ الاستحقاق الكلي:

تنص المادة ٤٤٣ مدني على أنه «إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع:

١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢ ـ قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

٣ ـ المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق

---

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموع أحكام النقض س ٢٩ ص ١١٤٥، وكان يتعلق الأمر بضبط سيارة لبيعها بدون إذن استيراد، فقد اعتبرت المحكمة ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع.

(٢) في حالة بيع براءة الاختراع يكون البائع مسؤولاً عن ضمان الاستحقاق إذا ما حكم ببطلان البراءة حتى ولو كان هناك شرط بعدم ضمان العيوب الخفية هذا ما قضت محكمة النقض الفرنسية أنظر

Com., 3 mai 1978, Labauche, Bull. IV, no 127, D.79. 247 note J.J. Brust; Rev. trim. dr.com. 76.1069, note J. Hémard.

وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

٤ ـ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠.

٥ ـ وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب لسبب استحقاق المبيع».

«كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله».

ـ وقد نظم قانون الموجبات والعقود اللبناني الاستحقاق الكلي في المواد ٤٣٣ ـ ٤٣٦ وسوف نعرض لهذه النصوص عند دراسة الأحكام التفصيلية للاستحقاق الكلي.

(أ) ـ دعاوى المشتري في حالة الاستحقاق الكلي:

وعلى ضوء أحكام القضاء ونصوص القانون المدني نجد أن الاستحقاق الكلي يفترض أن المشتري قد حرم فعلاً من المبيع وأن المشتري يرجع لذلك على البائع بضمان الاستحقاق. وهذا الضمان يعتبر تنفيذاً للعقد بمقابل، وهو ما يفترض بقاء العقد، ومن ثم فإن التعويض مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقده المبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق، لا على أساس زوال البيع فيسترد الثمن[1].

لكن للمشتري إلى جانب دعوى ضمان الاستحقاق دعوى الإبطال إذا كان البيع صادراً من غير مالك، ودعوى الفسخ لإخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر من الغير طبقاً للقواعد العامة[2] وفي حالتي الفسخ والإبطال تتحدد حقوق المشتري طبقاً للقواعد العامة في الفسخ أو القواعد الخاصة ببيع ملك الغير. ولذلك حرص المشرع في آخر نص المادة ٤٤٣ مدني على أن يؤكد أن طلب

---

(١) وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٩٥.

(٢) نقض ١٥/٨/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٥٠٠.

المشتري التعويضات المذكورة لا يكون عند رجوعه بالفسخ أو الإبطال[1].

(ب) - عناصر التعويض عن ضمان الاستحقاق:

(١) - قيمة المبيع وقت الاستحقاق والفوائد القانونية من هذا الوقت:

فالعنصر الأساسي في التعويض هو قيمة المبيع. وقيمة المبيع تقدر وقت الاستحقاق تمشياً مع فكرة التعويض حيث إن قيمة الضرر تقدر وقت تحققه، وقد خسر المشتري المبيع عندما استحق، وتقدر قيمة المبيع في ذاته مجرداً عما قد يكون أنفق عليه من مصروفات، لأن هذه المصروفات تشكل عنصراً آخر في التعويض وتحسب بكيفية معينة. كما أن تقدير هذه القيمة يتم دون تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد[2]. كما أن هذا التقدير مما يستقل به قاضي الموضوع[3] ولا تأثير لحسن نية البائع أو سوء نيته، فسواء كان يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري[4]، كما أن المشتري يأخذ قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيء النية، أي بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يعلم به[5].

ويستحق المشتري، إلى جانب قيمة المبيع وقت الاستحقاق، الفوائد القانونية عن هذه القيمة ابتداء من تاريخ الاستحقاق أيضاً، وفي هذا خروج على القواعد العامة التي تقضي باستحقاق الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية. والحكمة في هذا الخروج هي أن المشتري يحرم من تاريخ الاستحقاق من ثمار المبيع فيستعاض عنها بالفوائد على قيمته من هذا الوقت. وهذه الفوائد تستحق سواء كان المبيع مثمراً أو غير مثمر، ودون تأثير لسوء نية المشتري أو لحسن نية البائع على ذلك.

(١) وبذلك يكون المشرع أكد استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٣٤٥.

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ١١٤٥.

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٨٦/١١/٥، الطعن رقم ٦٠٥ سنة ٥١ ق.

(٥) نقض ١٩٨٨/٣/٢٢، الطعن رقم ١٥٥٧ سنة ٥٢ ق.

في القانون اللبناني:

طبقاً لنص المادة ١/٤٣٣ موجبات وعقود يكون للمشتري أن يسترد الثمن فقط، بصرف النظر عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق. ويرجع ذلك إلى أن أساس رجوع المشتري على البائع هو زوال العقد لابقاء العقد كما هو الحال في القانون المصري. ولذلك يكون للمشتري أن يسترد الثمن على أساس دفع غير المستحق، إذ أنه قد دفعه تنفيذاً لبيع لم يؤد إلى انتقال الملكية إليه، فهو يعتبر أنه قد دفع ما لا يجب، وبالتالي يكون له الحق في استرداده، ولا يقوم الاسترداد في هذه الحالة على أساس التعويض، بل هو يتقرر على أساس أن البيع لم يرتب أي أثر، ويكون بذلك لدعوى الاستحقاق نفس الآثار التي تترتب على دعوى الفسخ[١] فالمشرع اللبناني، كالمشرع الفرنسي، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال من جهة أخرى.

وعلى ذلك يتعين على البائع الملتزم بالضمان أن يرد الثمن الذي قبضه، فإذا لم يكن قد تم قبض الثمن، كان للمشتري حبسه إذا وقع له تعرض من الغير يضمنه البائع.

وانطلاقاً من الأساس الذي يقيم عليه القانون اللبناني دعوى ضمان الاستحقاق للمشتري أن يسترد الثمن كاملاً في جميع الحالات سواء «وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإهمال ارتكبه المشتري، أو لحادث نشأ عن قوة قاهرة، فالبائع يبقى ملزماً برد الثمن» (م ١/٤٣٤ موجبات وعقود).

ومع ذلك «إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التعيب الذي أحدثه في المبيع فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يعادل قيمة ذلك النفع» (م ٢/٢٣٤ موجبات وعقود).

(٢) ـ قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع:

الأصل أن المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت البيع ما لم يتفق على خلاف

---

(١) توفيق فرج، فقرة ١٨١ ص ٣٧٩.

ذلك (م ٢/٤٥٨ مدني). ولكن إذا استحق المبيع وترتب على ذلك حرمانه من الثمار الواجبة بمقتضى عقد البيع نتيجة لردها إلى المستحق، لذلك وجب عنها التعويض.

ولكن ما هي الثمار التي يلزم المشتري بردها لمن استحق المبيع؟ القاعدة أن الثمار تكون للحائز إذا كان حسن النية وقت قبضها (م ٩٧٨ مدني) على ذلك يستحق المشتري الثمار طوال الوقت الذي لا يعلم فيه بحق المستحق في المبيع ولا يجب عليه ردها. ولكن من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية، أي يعلم بحق المستحق على المبيع يكون مسؤولاً عن جميع الثمار التي يقبضها أو يقصر في قيمتها قبل المستحق وإن كان له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها (م ٩٧٩ مدني مصري) والأصل أن حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس (م ٣/٩٦٥ مدني) لكن بمجرد رفع دعوى الاستحقاق عليه يعتبر حائزاً سيء النية يلتزم برد الثمار التي يقبضها (م ٢/٩٦٦ مدني). نخلص من كل ما سبق أن المشتري يكون ملتزماً برد لمن استحق المبيع كل الثمار التي قبضها من وقت رفع الدعوى والتي قبضها قبل ذلك من يوم علمه بحقه، وهو يرجع على البائع بقيمة هذه الثمار إلى وقت الاستحقاق. أما ثمار المبيع من وقت رفع دعوى الاستحقاق فقد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع من هذا الوقت. كما سبق أن بينا.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢/٤٣٣ موجبات وعقود على أن للمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق أن يطالب البائع بقيمة الثمار إذا أجبر على ردها إلى المالك المستحق.

للمشتري ثمار المبيع منذ البيع، وذلك في مقابل فوائد الثمن بالنسبة للبائع. لكن تثور المشكلة عندما يجبر المشتري على رد الثمار التي يقبضها إلى المالك المستحق. في هذه الحالة يجيز القانون للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة الثمار التي أجبر على ردها للمستحق. ولكن ما هي الثمار التي يجبر المشتري على ردها إلى المستحق؟

إن تحديد ما يجبر المشتري على رده من الثمار إلى من استحق المبيع هو

نفس الحكم المقرر في القانون المصري. لكن مدى ما يرجع به على البائع يختلف في القانون اللبناني عن القانون المصري. فالمشتري في القانون اللبناني سيرجع على البائع بقيمة الثمار التي قبضها من وقت رفع الدعوى والتي قبضها قبل ذلك من يوم علمه بحق المستحق في المبيع. ووجه الاختلاف في القانون اللبناني ينحصر في أن المشتري يرجع على البائع بقيمة الثمار التي قبضها من وقت رفع الدعوى والتي أجبر على ردها إلى المستحق حيث أن المشرع اللبناني لا يسمح للمشتري بالرجوع على البائع بفوائد الثمن بعكس المشرع المصري الذي سمح له بالرجوع بفوائد قيمة المبيع من وقت الاستحقاق وهو ما يقابل حرمانه من ثمار المبيع من هذا التاريخ.

(٣) ـ المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع:

إذا كان المشتري قد أنفق على المبيع بعض المصروفات، فإنه لمعرفة ما يجب أن يرجع به على البائع يلزم أن نفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات:

ـ **المصروفات الضرورية**: وهي المصروفات اللازمة لحفظ الشيء وصيانته، كإصلاح خلل بالمنزل، فهذه يأخذها من المستحق كاملة (م ٩٨٠/ ١ مدني) ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشيء منها.

ـ **المصروفات النافعة**: وهي التي لا توجد ضرورة لإنفاقها وإنما يترتب عليها زيادة في قيمة المبيع، كما لو أقام طابقاً جديداً في المنزل، لا يرجع المشتري على البائع إلا بما لم يستطع أن يلزم به المستحق.

بالنسبة للعلاقة بين المشتري والمستحق فالأمر يتوقف على حسن أو سوء نية المشتري وقت قيامه بإنفاق هذه المصروفات. فإذا كان حسن النية خير المستحق بين أن يدفع له(١) ما أنفقه(٢) أو قيمة ما زاد في ثمن المنزل إلا إذا طلب المشتري نزع ما أقامه (م ٩٢٥ مدني) وبدهي أن المستحق يختار أقل القيمتين، فإذا كانت قيمة الزيادة في المنزل أقل مما أنفقه المشتري كان له الرجوع بالفرق على البائع(٣).

أما إذا كان سيء النية، كان للمستحق أن يطلب الإزالة مع التعويض إن كان له

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص ١٧٤.

وجه، أو يطلب استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع ما زاد في قيمة المنزل بسبب الطابق الجديد (م ٩٢٤ مدني). وعلى ذلك فإن المشتري لن يتمكن من استرداد كل ما أنفقه فيكون له أن يرجع بالفرق على البائع.

ـ **المصروفات الكمالية**: وهي التي تنفق بقصد الزخرف والزينة، كطلاء المنزل من الداخل أو من الخارج، فهذه المصروفات لا يرجع بها المشتري على المستحق ولكن له أن ينزع ما استحقه بها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المستحق أن يستبقيه مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م ٣/٩٨٠ مدني) ولا يستطيع المشتري أن يرجع بها على البائع إلا إذا كان هذا الأخير سيء النية (م ٣/٤٤٣ مدني) أي إذا كان البائع يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٣٥ موجبات وعقود على أنه «على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترميمات والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع».

وتنص المادة ٤٣٦ موجبات وعقود على أنه «يجب على بائع مال الغير، إذا كان سيء النية، أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع وإن يكن للكماليات والمستحسنات» وهذه الأحكام يتفق في جملتها مع أحكام القانون المصري[1].

(٤) ـ مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان:

للمشتري أن يرجع على البائع بمصاريف دعوى الاستحقاق التي رفعها المستحق عليه، سواء ما صرفه هو أو ما ألزم به للمستحق الذي كسب الدعوى، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم[2] فقد يبطىء المشتري في إخطار البائع، وقد لا يخطره أصلاً، وينتج عن

(١) ومع ذلك أنظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ١٩٠ وما بعدها ص ٤٠٥ ما بعدها.

(٢) كما لو أنفق المشتري مصاريف في الحصول على بعض المستندات التي ظن أنها تفيد في الدفاع وكان البائع لديه مثل هذه المستندات ولو أخطر بالدعوى لقدمها. أنظر =

ذلك طول الإجراءات دون مقتضى فتزيد المصروفات، هذه الزيادة لا يرجع بها المشتري على البائع لأنها تكون بخطأ منه هو. كما أن له أن يرجع على البائع بمصاريف دعوى الضمان التي رفعها عليه بطريق أصلي أو فرعي.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٣٣ موجبات وعقود على أن المشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق أن يرجع على البائع ليطالبه بالمصاريف التي صرفها المشتري في سبيل دعوى الضمان وبمصاريف المدعي الأصلي».

(٥) ـ ما لحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب:

وتنص المادة ٤٤٣/ ٥ مدني على أن البائع يلتزم «بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع» وتقول المذكرة الإيضاحية أنه «ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة»[1]. ولذلك يستطيع المشتري أن يرجع علي البائع زيادة على ما سبق بالمصاريف التي تحملها بسبب عقد البيع كمصاريف تحرير العقد ورسوم التسجيل والسمسرة ومصاريف التسلم والمصاريف التي أنفقها في سبيل الانتقال إلى مسكن آخر إثر استحقاق المنزل الذي كان يسكنه[2]، وما فاته من ربح نتيجة تغيير توظيف أمواله من وديعة إلى شراء هذا المنزل الذي استحق[3].

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٣٣/ ٤ موجبات وعقود على أن للمشتري أن يطالب البائع «ببدل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية».

«على أنه لا يحق للمشتري أن يطالب ببدل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق».

= منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص ١٧٥.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ٩٧.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص ١٧٥، ١٧٦.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٥٢ ص ٦٨٣.

وواضح، كما سبق أن قلنا، أن المشرع اللبناني لم يميز بين دعوى ضمان الاستحقاق ودعوى الإبطال لبيع ملك الغير، ودعوى الفسخ للإخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير. ولذلك اشترط في المشتري حسن النية لاستحقاق التعويض كما الحال في دعوى الإبطال لبيع ملك الغير (م ٣/٣٨٥ موجبات وعقود).

ويشمل التعويض ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع (م ٢٦٠ موجبات وعقود) كما يجوز للمشتري أن يرجع بصفة خاصة على البائع بقيمة التحسن التلقائي في قيمة المبيع والتي حرم منها المشتري نتيجة استحقاق المبيع[1].

(ثانياً) ـ الاستحقاق الجزئي:

تنص المادة ٤٤٤ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو عمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه».

«٢ ـ فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، وكانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق».

وسنعرض هنا للمقصود بالاستحقاق الجزئي، ثم نبين بعد ذلك حقوق المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي.

أ ـ المقصود بالاستحقاق الجزئي:

ينصرف معنى الاستحقاق الجزئي إلى كل ما من شأنه الانتقاص من سلطات المشتري على الشيء المبيع، أياً كانت صورة هذا الانتقاص. فقد يتمثل في استحقاق جزء من المبيع شائع أو مفرز، أو يثبت أن للغير حقاً على المبيع أو متعلقاً به، كأن يكون للغير حق رهن مقرر على المبيع، أو حق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد

(١) توفيق فرج، فقرة ١٨٩ ص ٤٠١، ٤٠٢.

يكون للغير حق إيجار نافذ قبل المشتري، أو يثبت أن العقار المبيع لا يوجد لمصلحته حق ارتفاق مقرر على عقار آخر وكان البائع قد أكد وجوده للمشتري.

ب ـ حقوق المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي:

يتضح من نص المادة ٤٤٤ مدني مصري أن المشرع يفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت خسارة المشتري جسيمة بحيث لو علمها لما أتم العقد. كما لو أشترى أرضاً لإقامة مشروع معين فاستحق جزء منها بحيث أصبح الباقي غير كاف لتحقيق المشروع. وعلى ذلك فإن تقدير الخسارة الجسيمة يكون بالنظر إلى شخص المشتري ذاته وظروفه الخاصة لا إلى أي شخص عادي فالمعيار هنا معيار شخصي وليس معياراً موضوعياً. كما أن تقدير الجسامة متروك لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض.

في هذه الحالة يكون المشتري مخيراً بين رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي الذي حدث. فإذا اختار المشتري رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي فإن هذا يبدو متسقاً تماماً مع الواقع حيث أن المشتري ما كان ليتم البيع لو عرف بهذه الخسارة. وكل ذلك يتم في إطار ضمان الاستحقاق لا طبقاً للقواعد العامة[1] حيث إن هذه القواعد تقضي في مثل هذه الحالة بأن المشتري يفسخ البيع فيرد ما بقى من المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتض. وعلى ذلك فإن هذا الخيار يتم على أساس قيام العقد لا على أساس فسخه ويكون المشرع قد أراد بذلك أن يعامل المشتري كما لو كان الاستحقاق كلياً، لكن ذلك يقتضي بطبيعة الحال أن يرد المشتري للبائع ما بقي من المبيع بعد الاستحقاق حتى يستقيم الأمر وتتسق الأحكام[2].

(١) ويبدو من المذكرة الإيضاحية أن الأمر في هذه الحالة يتم على أساس فسخ البيع، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٠١، وهذا ما أخذ به بعض الفقهاء أنظر أنور سلطان، فقرة ٢٥٨ ص ٣٠٦.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٦ ص ١٨٠ ـ ١٨٢، السنهوري، الوسيط، فقرة ٣٥٣ =

الفرض الثاني: إذا لم تكن الخسارة جسيمة أي لم تصل إلى القدر الذي لو علمه المشتري لما أتم البيع. في هذه الحالة ليس أمام المشتري إلا أن يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي.

ثالثاً - توقي المشتري استحقاق المبيع، وحق البائع في التخلص من نتائج الضمان:

تنص المادة ٤٤٢ مدني مصري على أنه «إذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية جميع المصروفات».

وتنص المادة ٤٤٠ موجبات وعقود على أنه «إذا تخلص المشتري من الاستحقاق بدفعه مبلغاً من المال، فللبائع أن يتملص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إلى المشتري مع الفوائد وجميع النفقات».

وهذا الحكم ينصرف إلى الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي، وهو يحقق التوازن بين مصالح الطرفين المشتري البائع. فقد يسر للمشتري وسيلة سهلة لتوقي الاستحقاق بالاتفاق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقد أو في مقابل شيء آخر يؤديه له، وفي نفس الوقت أعطى المشرع للبائع الحق في التخلص من نتائج الضمان على النحو السابق بيانه بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد وجميع المصروفات.

ويبدو أن هذا التوقي من الاستحقاق من جانب المشتري والتخلص من نتائج الضمان من جانب البائع يتم في إطار وجود عقد البيع الذي يستمر في حكم العلاقة بينهما بكل ما يرتبه من حقوق والتزامات لكل من الطرفين، فيما عدا ضمان الاستحقاق الذي توقاه البائع برد ما أداه المشتري للمتعرض على النحو السابق بيانه.

= ص ٦٨٨ - ٦٨٩ بصفة خاصة هامش ١، عبد المنعم البدراوي، ص ٤٨٦، محمد علي إمام، فقرة ٣٦٨ مشار إليه في السنهوري في الموضع السابق.

تنص المادة ٤٤٥ مدني مصري على أنه «١ ـ يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان».

«٢ ـ ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري».

«٣ ـ ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي».

وتنص المادة ٤٤٦ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا اتفق على عدم الضمان، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

«٢ ـ أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٣٠ موجبات وعقود على أنه «يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما».

وتنص المادة ٤٣١ موجبات وعقود على «أن البائع وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي، وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً».

وتنص المادة ٤٣٩ موجبات وعقود على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض».

- عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام وصور وحدود الضمان الاتفاقي:

يتضح من هذه النصوص أن أحكام الضمان السابقة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك يجوز الاتفاق على تعديلها. هذا الاتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام الضمان قد يكون بزيادة هذا الضمان، أو بإنقاصه، أو بإسقاطه[1].

هذا الاتفاق على تعديل أحكام الضمان يجب أن يكشف بوضوح عن اتجاه إرادة الطرفين إلى هذا التعديل، فلا يكفي فيه العبارات العامة الغامضة[2]، فمثلاً عندما يذكر المتعاقد أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعلي، أو أنه يضمن جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع أو غير ذلك من عبارات، فإن هذا لا يعدو أن يكون تأكيد للقواعد العامة ودون أن يتضمن أي تعديل لأحكام الضمان.

وإذا ما اتفق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه فإن هذا الاتفاق يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً لأنه يتضمن نزولاً عن الحق أو بعض حق وذلك طبقاً لما تقضي به القواعد العامة.

ولنعرض الآن لصور وحدود الضمان الاتفاقي:

أولاً - الاتفاق على زيادة الضمان:

وهذا الاتفاق غير شائع في العمل وذلك لأن المشتري لا يكون غالباً في مركز يسمح له بفرض ذلك. كما أن في الضمان القانوني ما يكفي لحماية المشتري حماية فعالة، فدعوى الضمان في حالة تعرض الغير، تكفل للمشتري تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال.

لكن مع ذلك قد يزيد المشتري في الاحتياط، ويشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية، أو يشترط في حالة الاستحقاق

---

(١) نقض ٧/٧/ ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٩٢٠.

(٢) نقض ٧/٧/ ١٩٦٤ السابق الإشارة إليه.

الجزئي الرجوع بكل التعويضات التي وضعها بحالة الاستحقاق الكلي مع رد المبيع وما أفاد منه حتى ولو لم تكن الخسارة جسيمة، أو يشترط المشتري إمكانية الرجوع على البائع بمجرد علمه بسبب الاستحقاق ودون انتظار لوقوعه فعلاً. وقد يشترط المشتري عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن[1].

ثانياً ـ الاتفاق على إنقاص الضمان:

هذا الاتفاق شائع في العمل وذلك راجع إلى أن البائع غالباً ما يكون في مركز يسمح له بفرض إرادته على المشتري ويجعله يقبل مثل هذا الاتفاق.

والاتفاق على إنقاص الضمان قد يكون نتيجة استبعاد عمل من الأعمال الموجبة للضمان من نطاق هذا الضمان أو نتيجة إنقاص مقدار التعويض المستحق. ومثال الحالة الأولى الاتفاق على ألا يضمن البائع ما يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا علم له بها وقت البيع، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق راجعاً إلى إبطال سند ملكية البائع لعيب معين فيه أو إلى إنفساخه بسبب تحقق الشرط الفاسخ. ومثال الحالة الثانية الاتفاق على أن البائع لا يكون ملتزماً عند الاستحقاق الكلي إلا برد الثمن ولو زادت قيمة المبيع وقت الاستحقاق على ذلك، أو لا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشتري من المستحق كاملة.

ويقع شرط إنقاص الضمان باطلاً إذا ارتكب البائع غشاً، كأن يشترط عدم ضمان حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة، وهو يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتمه عن المشتري. ولذلك تنص المادة ٣/٤٤٥ مدني على أنه «ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي» لكن يجب ملاحظة أن مجرد علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع لا يكفي وحده لاعتبار أن البائع قد تعمد إخفاءه، كما أن علم كل من البائع والمشتري بحق الأجنبي وقت البيع لا يكفي وحده للقول بأن هناك اتفاقاً ضمنياً على عدم ضمان

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ١٨٣، السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٥٦ ص ٦٩٨.

البائع لهذا الحق وإنما يجب أن يقترن هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة في الدلالة على شرط عدم الضمان، كأن يراعي وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط البيع الأخرى[1].

والاتفاق على إنقاص الضمان جائز حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع، ولكن بشرط ألا يكون راجعاً إلى غشه، فمثلاً يجوز الاتفاق على عدم ضمان الاستحقاق الناشىء عن إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب هو مسؤول عنه، لكن لا يجوز أن يشترط عدم الضمان للاستحقاق الناشىء عن بيعه المبيع مرة أخرى لمشتر ثان سبق إلى تسجيل عقده، أو إلى الحيازة في المنقول[2].

- حكم خاص بحقوق الارتفاق:

تنص المادة ٢/٤٤٥ مدني مصري على أنه «يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٣٩ موجبات وعقود على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة (حقوق ارتفاق غير ظاهرة) لم يصرح بها وكانت كبيرة الشأن إلى أن يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض».

في القانون المصري إذا كان الأصل أنه لا يكفي علم المشتري بوجود الحق على المبيع حتى يكون بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل وقرر علم المشتري بحق ارتفاق قائم، عن طريق معين، يكون بمثابة اشتراط عدم الضمان.

وعلى ذلك في صدد حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان وإما بأن يثبت أن المشتري قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٥٧ ص ٧٠٠.
(٢) نفس المرجع نفس الموضع ص ٧٠١.

عنه البائع، أما بالنسبة للحقوق الأخرى فإن البائع لا يكون غير ضامن إلا باشتراطه عدم الضمان ولا يكفي بصددها إثبات علم المشتري بها عن أي طريق.

وعلم المشتري بحق الارتفاق الذي يكون بمثابة عدم الضمان يجب أن يكون مصدره أحد أمرين: -

١ - إما أن يكون حق الارتفاق على المبيع ظاهراً، أي واضحاً للعيان بحيث يقع تحت بصر المشتري، أو على الأقل كان في الاستطاعة أن يراه واضحاً، عند معاينته للمبيع، فيكون مغزى سكوته قبوله بعدم ضمان البائع له. وهذا يعني أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لإسقاط الضمان، علم المشتري فعلاً أو لم يعلم[1].

٢ - أما أن يكون حق الارتفاق على المبيع غير ظاهر، ولكن البائع قد أبان عنه للمشتري. بذلك فإن كشف البائع عن حق الارتفاق للمشتري وبالتالي علم المشتري به وسكوته فإن ذلك يعتبر قبولاً ضمنياً بإسقاط الضمان عن البائع.

وعلى ذلك فإن علم المشتري بحق الارتفاق عن طريق آخر غير أحد هذين الطريقين لا يفيد معنى عدم الضمان. ولذلك فإن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يكفي لإعفاء البائع من الضمان، ما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحق الارتفاق المسجل.

في القانون اللبناني:

نجد أنه إذا كانت حقوق الارتفاق على المبيع غير ظاهرة أو غير مصرح بها وكانت من الجسامة بحيث لو علم بها المشتري سلفاً لما أقدم على الشراء فإنه له في هذه الحالة أن يطلب الفسخ أو يكتفي بطلب التعويض.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان حق الارتفاق ظاهرا فلا يكون للمشتري الرجوع على البائع أو طلب الفسخ على أساس أن المشرع يفترض في هذه الحالة أنه ينبغي أن يعلم المشتري بما يثقل المبيع من حقوق ارتفاق حتى ولو لم يذكر شيء عنها في العقد.

أما إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر - كالارتفاق بعدم البناء - وكشف عنه البائع للمشتري أو علم به المشتري من أي سبيل آخر فإنه يفترض في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان، لأن نص المادة ٤٣٩ موجبات وعقود مطلق ولم يقيد علم

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٥٨ ص ٧٠٤.

المشتري بمصدر معين حيث أنها تنص على أنه«. . . لم يصرح بها. .» ولكن يلزم على البائع، عند النزاع، أن يثبت علم المشتري علماً حقيقياً بوجود حقوق الارتفاق».

وحقوق الارتفاق المشهرة عن طريق السجل العقاري، على خلاف السجل الشخصي، تعتبر في حكم الحقوق المصرح بها من حيث العلم بها وبالتالي لا يكون للمشتري الحق في الرجوع بالضمان على الدائن[1].

ثالثاً ـ الاتفاق على إسقاط الضمان:

سبق أن رأينا أن إنقاص الضمان ينصرف إلى الاتفاق على الإعفاء من ضمان الاستحقاق الناشيء عن سبب معين أو إنقاص لمقدار التعويض المستحق. أما إسقاط الضمان فإن البائع يصل فيه إلى حد أنه يشترط على المشتري عدم الضمان إطلاقاً، أي أنه لا يضمن استحقاق المبيع أياً كان سبب الاستحقاق. لكن يبقى سؤالاً هاماً ما مدى صحة هذا الشرط، وما مدى أثره؟

ـ فمن حيث مدى صحة هذا الشرط، فالأصل أنه يعتبر صحيحاً (م ٤٤٥/ ١ مدني) ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع (م ٤٤٥/ ٣ مدني مصري م ٤٣١ موجبات وعقود) كأن يعلم البائع بوجود حق ارتفاق خفي على المبيع ويكتمه عمداً عن المشتري، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً، ثم تظهر الحقيقة بعد ذلك، فإن البائع يبقى ضامناً للمشتري للاستحقاق الناشيء عن ظهور هذا الحق رغم اشتراطه عدم الضمان.

ـ أما من حيث مدى أثر هذا الشرط، أي بعد ما يستحق المبيع من تحت يد المشتري، فإن للوقوف على المدى الحقيقي لأثر هذا الشرط يجب أن نميز بين ما إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع أو من فعل الغير:

١ ـ إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع فإن هذا الشرط يكون عديم الأثر ويبقى البائع مسؤولاً عن الاستحقاق (م ٤٤٦/ ١ مدني). وعلى ذلك فإن

(١) أنظر في تفصيل أكثر توفيق فرج، فقرة ١٧٠، ص ٣٥٤ وما بعدها، فقرة ١٧١ ص ٣٥٧ وما بعدها.

شرط عدم الضمان العام لا يعفي البائع من التزامه بعدم التعرض الشخصي للمشتري، كما لا يعفيه من ضمان الاستحقاق الناشىء عن ثبوت حق للغير إذا كان هذا الحق قد ثبت بفعل البائع سواء قبل البيع أو بعده، كحق ملكية أو انتفاع أو ارتفاق غير الظاهر الذي لم يعلنه أو لإيجار النافذ في حق المشتري[1].

٢ ـ إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل الغير، فإن هذا الشرط يرتب أثره ولكن في حدود معينة، أي لا يعفي البائع إلا من المسؤولية عن التعويض وبالتالي يبقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (م ٢/٤٤٦ مدني مصري) م ٤٣٢ موجبات وعقود ويبقى البائع مسؤولاً عن رد الثمن).

ولكن إذا أراد البائع أن يعفي نفسه من كل عناصر التعويض المقررة في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدني، م ٤٣٣ موجبات وعقود لبناني) يشترط في القانون المصري إلى جانب شرط عدم الضمان أن يثبت أحد أمرين:

الأول: أن المشتري كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق، فيستفاد من أن المشتري قد أقدم على الشراء، وهو يعلم بوجود حق الغير وقبوله شرط عدم الضمان، أنه ارتضى إعفاء البائع من كل تعويض إذا حدث أن استحق المبيع، وأنه اشترى مخاطراً فهو يتحمل مخاطرته[2].

الثاني: أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار إذ بذلك يصبح البيع عقداً احتمالياً[3] أي يحتمل الكسب والخسارة، وعند ذلك إذا استحق المبيع لم يكن البائع مسؤولاً نحو المشتري عن شيء. ومثال ذلك إقدام شخص على شراء شيء هناك شك حول ملكية شخص أجنبي له مقابل ثمن زهيد أملاً في عدم ثبوت هذا الحق ومن أجل ذلك يقرر في عقد البيع أنه اشترى ساقط الخيار.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ١٨٩.

(٢) نفس المرجع، نفس الموضع ص ١٩٠.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٠٦.

الفرع الثاني: ضمان العيوب الخفية

- أهمية ضمان العيوب الخفية:

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة في العصر الحاضر مع التقدم التكنولوجي وزيادة أهمية القيم المنقولة. فالتقدم التكنولوجي أدى إلى زيادة الإقبال على شراء الأدوات والأجهزة الكهربائية المتطورة والمعقدة مما زاد من إثارة ضمان العيوب الخفية من ناحية، وزيادة الاهتمام بحماية المستهلك من ناحية أخرى.

علاوة على ذلك فإن ضمان العيوب الخفية يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، وكذلك العقود المتعلقة بالشيء، وبصفة خاصة إذا كانت هذه العقود من المعاوضات. ويرجع ذلك إلى أن هناك قاسم مشترك بين كل هذه العقود وهو أن من ينقل ملكية شيء أو الانتفاع به أو ينشيء حق شخصي يتعلق بالشيء يخول لصاحبه الانتفاع بالشيء يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشيء فيما أعد له، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع.

ولذلك أصبح عقد البيع هو موطن التنظيم الرئيسي، الذي يتضمن القواعد العامة، لضمان العيوب الخفية ويحال إليه في العقود الأخرى بالقدر الذي يتفق وطبيعتها، مثل ذلك عقد المقايضة (م ٤٨٥ مدني) وعقد الشركة (م ٥١١ مدني) وعقد القرض (م ٥٤١ مدني) وعقد الإيجار (م ٥٧٦ ـ ٥٧٨ مدني) عقد المقاولة (م ٦٥١ ـ ٦٥٤ مدني) ومن العقود الحديثة عقد الإيجار التمويلي، والإيجار المتضمن وعد بالبيع، والبيع الإيجاري. وفي عقود التبرع ينحصر ضمان العيوب الخفية في نطاق محدود، مثل عقد الهبة (م ٤٩٥ مدني) وعقد العارية (م ٦٣٨/١ مدني). وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى حد أنه جعل صاحب المطعم مسؤولاً في مواجهة العميل عن التسمم الناشيء عن عيب، حتى ولو لم يمكن كشفه، في المأكولات[1]. على العكس من ذلك فإن فني إصلاح الآلة لا يضمن عيوب الشيء الذي قام بإصلاحه إلا إذا اشترط ذلك صراحة بمقتضى ضمان إتفاقي، أو إذ كان

---

(1) Poitiers, 16 déc. 1970, aff. du turbot botulique, Gaz. Pal. 24 avr. 1971, Rev. trim. dr. civ. 71.670 note G. Cornu.

العقد متعاصر مع البيع (ضمان البائع)[1].

- تطور وتوسع ضمان العيوب الخفية:

ضمان العيوب الخفية قد اتسع نطاقه مع مرور الزمن في مجال عقد البيع وذلك من أجل حماية المشتري. كما أن هذا الضمان قد تنوع إلى حد كبير. ولنتعقب مراحل تطوره لنلمس ذلك بوضوح:

١ - في القانون الروماني، يرجع أصله إلى ما كان يقوم به موظفي الدولة (Ediles curules) من الإشراف على المعاملات في روما. وكان يتعلق في البداية ببيع الرقيق، وهو ما ترك بصمة دائمة على خصائصه، حيث كان البائعون لا يتمتعون بالأمانة (ولذلك كان ينبغي إضفاء طابع أخلاقي على البيع) وكانوا أجانب - من الشرق - (وهذا ما يفسر أيضاً الحساسية الفائقة في التجارة الدولية لضمان العيوب الخفية إلى الآن). وكان المشترون من الرومان، مما يقتضي حمايتهم (فضمان العيوب الخفية ظهر لحماية بعض المشترين). ثم امتد الضمان بعد ذلك إلى الحيوانات، ولذلك نجد أن طابعه الأخلاقي، والدولي، والحمائي، بدأ يخف ولكن دون أن يختفي. وهذه الخصائص التي منحتها روما للنظام ما زالت باقية في فرنسا حتى عام ١٩٥٠[2].

٢ - في التقنين المدني الفرنسي، قد أخذ المشرع بالتقاليد الرومانية، فموضوع الضمان هو العيب الخفي الذي يؤثر في صلاحية الشيء للاستعمال، وأثره الأساسي هو السماح للمشتري إما بالحصول على فسخ البيع، وإما على إنقاص الثمن. وهذه القواعد تعتبر من قبيل القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين ولذلك يمكن تعديلها بالاتفاق.

٣ - فيما يجري عليه العمل في الوقت الحاضر، أصبح ضمان العيوب الخفية عنصراً من عناصر السياسة التجارية، أو ما يسمى أحياناً بالتسويق le markting. فقد

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 379. p. 235, 236 J. Huet contrats, no 111308, p. 245, A. Bénabent, op.cit. no 222 p. 138, 139.

(٢) أنظر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 380 p. 236.
F.Collart- Dutilleul, Ph. Delebecque, op.cit, 265 p. 208.

أكثر التجار في عقودهم من شروط الضمان والتي تكون في الغالب نظاماً مختلفاً عن الضمان القانوني. وعندما يتعلق الأمر بعقود مبرمة بين أحد المهنيين وأحد المستهلكين فإن هذه الشروط تهدف إلى إنقاص الضمان القانوني.

- القضاء الفرنسي المعاصر، منذ عام ١٩٥٠ تقريباً، تحت تأثير الفقيه هنري مازو[1]. قامت المحاكم بإنشاء نظاماً قضائياً هاماً يهدف إلى تأمين المستهلك بطريقة شبه مطلقة. والدوافع إلى ذلك كانت واضحة، حيث أن التقدم الصناعي الهائل قد أدى إلى تعدد الأخطار وزيادتها. والقضاء يهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة المهني دون أن يصل إلى جعله شخص عديم الأهلية ويضفي على البيع الطابع الأخلاقي دون أن يصل إلى شل وسائل التجارة العادية.

- في العلاقات بين البائع المهني (أو المنتج) والمستهلكين، قد عرف ضمان العيوب الخفية ثلاثة تحولات:

١- قد أدخل في العيب الخفي مجموع الأضرار التي يسببها الشيء؛ وبذلك أصبح الضمان تشديداً للمسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الشيء.

٢- قد منعت الشروط المقيدة أو المسقطة للالتزامات المقررة في نطاق الضمان القانوني، ما لم يتم إعلام المشتري بعيوب وبأخطار الشيء، أو بتحديد الالتزام بالتسليم.

٣- إن المسؤولية الناشئة عن العيوب الخفية لا تضمن فحسب المتعاقد، ولكن أيضاً عدد معين من مستعملي الشيء[2].

- من وجهة السياسة التشريعية فإنه سيكون من المفيد تطويع ضمان العيوب الخفية لطبيعة الشيء المبيع ولثمنه، وهذا يقتضي الأخذ في الاعتبار المدة التي خلالها ينتظر أن يكون الشيء صالحاً للاستعمال العادي، فالمتانة المتطلبة في سيارة لا تكون ذاتها المتطلبة في عمارة، ولا يمكن أن تستوي المنتجات الرخيصة

(١) H.Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur - fabricant, Rev. trim. dr. civ. 1955. 611-621.

(٢) أنظر في ذلك

Ph. Malaurie, L.Aynès, op.cit no 381 p. 236. J. Huet, op.cit, no 11310 et s p. 246 et s.

بالمنتجات الغالية. كما أن هناك أشياء يتطلب استعمالها التعاون بين البائع والمشتري، مثل أجهزة الحاسبات الآلية كبيرة الحجم، وهناك أشياء لا يمكن أن يستخدمها إلا مشتريها وهكذا[1].

خطة الدراسة: ولدراسة ضمان العيوب الخفية فإنه يجب أن نعرض في مبحثين على التوالي، للضمان القانوني، ثم بعد ذلك للضمان الاتفاقي.

المبحث الأول: الضمان القانوني

وفي هذا الصدد يجب أن نعرض أولاً لنطاق هذا الضمان، ثم بعد ذلك نبين أحكامه.

المطلب الأول: نطاق الضمان

ـ العيب الخفي وتخلف صفة في المبيع:

المشرع الفرنسي نص في المادة ١٦٤١ من التقنين المدني على أن «يكون البائع ملزماً بالضمان بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له، أو التي تنقص بشدة هذا الاستعمال بحيث أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه إلا ثمناً أقل لو علم بها».

وعلى ذلك نجد المشرع الفرنسي قد أعطى للعيب معن ضيقاً، وبالتالي لم يشمل تخلف الصفة في المبيع[2] وكذلك فعل المشرع المصري في القانون القديم.

---

(١) أنظر في مشروع إصلاح نظام ضمان العيوب الخفية في فرنسا

J. Huet, op.cit., 11314, p. 247 et s.

(٢) في المشروع المقدم من اللجنة المكلفة بإصلاح نظام العيوب الخفية في فرنسا في سنة ١٩٨٥ تحت إشراف J.Ghestin والذي قدم المشروع التمهدي له سنة ١٩٨٧ يتضمن نص المادة ١٦٤١ـ١ الذي ينص على أن الشيء يعتبر معيباً:

١ ـ عندما لا يكون مطابقاً للتوقع المشروع من جانب المشتري، لأنه لا يتوافر فيه الصفة المشترطة أو لأنه غير صالح للاستعمال فيما أعد له».

٢ ـ عندما لا يتوافر فيه الأمان الذي يتوقع منه بطريقة مشروعة».

ولكن المشرع المصري في التقنين الحالي لم يقصر ضمان البائع على العيوب الخفية وإنما وسع من معنى العيب ليشمل تخلف صفة في المبيع كفل البائع للمشتري وجودها فيه (م ٤٤٨ مدني) وكذلك فعل المشرع اللبناني (م ٤٤٢ موجبات وعقود).

ومن وجهة نظر السياسة التشريعية قد أحسن المشرع صنعاً، حيث أن التفرقة بين العيب الخفي.وتخلف الصفة المتطلبة في المبيع تدق في كثير من الأحيان وتثير كثير من الصعوبات[1].

وإذ كان تخلف صفة في المبيع كفل البائع للمشتري وجودها فيه اعتبره المشرع من قبيل العيب وأجرى عليه أحكام الرجوع بضمان العيب[2]، إلا أنه يجب دائماً مراعاة الفروق بين العيب الخفي بالمعنى الفني الدقيق وبين تخلف الصفة، لأن الجمع بينهما في فكرة واحدة هي فكرة «العيب» وإعطاءهما حكماً

= أنظر

J. Huet, op.cit, no 11314, p. 245.

(١) في فرنسا يختلف نظام الرجوع بالعيب الخفي عن الرجوع لتخلف صفة في المبيع من عدة نواح: من حيث المدة القصيرة المتطلبة في العيب الخفي، من حيث الجزاء، فالفسخ لتخلف الصفة لا يتوقف على وجود ضرر حاق بالمشتري.

Civ. 1,13 oct 1933, Bull. I no 287, D. 94 211; J.C.P. 93, IV. 2639.

وكذلك صحة الشروط المقيدة لنطاق الالتزام بالتسليم أو للضمان.

وقد حاول الفقهاء إيجاد معيار للتفرقة بين العيب الخفي وتخلف الصفة. فاقترح العديد من المعايير.

أنظر في ذلك

Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit no 285, p. 191-192.

وتذهب محكمة النقض، في حالة ما إذا كان العيب الخفي يتمثل في تجاهل اشتراط تعاقدي، إلى إلزام القاضي الذي ينظر دعوى الضمان للعيوب الخفية ويحكم بعدم قبولها لأنها لم ترفع في الميعاد (م ١٦٤٨ مدني فرنسي) بأن يفحص ما إذا كان ينبغي أن يفسخ البيع بسبب تخلف التسليم.

Civ. 1, 16 juin 1993, Banduet, Bull. I, no 224, D. 94-546, note Th. clay.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١١٠، ١١١.

واحداً لا يستقيم دائماً[1].

ولتحديد نطاق ضمان العيوب الخفية يجب **أولاً** أن نحدد العيوب الموجبة للضمان، **وثانياً** نحدد البيع الذي ينشىء ضمان العيوب الخفية، وأخيراً نميز ضمان العيوب الخفية عما قد يشتبه به من نظم.

أولاً ـ من حيث العيوب الموجبة للضمان:

تنص المادة ٤٤٧ مدني مصري على أنه «١ ـ يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده».

«٢ ـ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه».

وتنص المادة ٤٤٨ مدني مصري على أنه «لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٤٢ موجبات وعقود على أن «يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير قابل للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع. أما العيوب التي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً، والعيوب المتسامح بها عرفاً، فلا تستوجب الضمان. ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو، أو اشترط الشاري وجودها».

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ١٩٣.

وتنص المادة ٤٤٣ موجبات وعقود على أنه «أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه الضمان».

وتنص المادة ٤٤٤ موجبات وعقود على أنه «إذا انعقد البيع بحسب نموذج، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة، وإذا هلك أو ناله عيب، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه».

وتنص المادة ٤٤٥ موجبات وعقود على أن «لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف».

وتنص المادة ٤٦٠ موجبات وعقود على أنه «لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق المشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها، وإنما يكون مسؤولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بخلو المبيع منها».

يتضح من ذلك أنه يجب أن تتوافر في العيب حتى يكون البائع ضامناً عدة شروط:

١ - يجب أن يكون العيب قديماً.

٢ - ويجب أن يكون مؤثراً.

٣ - ويجب أن يكون خفياً. ولنرَ كل ذلك بشيء من التفصيل.

١ - يجب أن يكون العيب قديماً:

المقصد الحقيقي من هذا الشرط هو أن يكون العيب راجعاً إلى البيع. ولذلك يجب أن يكون العيب سابقاً على البيع، أو بمعنى أدق سابقاً على نقل الملكية.

وعلى ذلك إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فإنه يجب أن يكون العيب موجوداً وقت البيع، أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فإنه يجب أن يكون العيب

وقت الإفراز وهو عادة ما يتم وقت التسليم، ويكفي أن يوجد سبب العيب قبل التسليم[1].

ويستوي في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون راجعاً إليه أو راجعاً إلى الغير، في هذه الحالة الأخيرة سيكون له أن يرجع بما دفعه على الغير.

لكن عندما يكون هناك استعمال معيب للشيء فإن العيب في هذه الحالة لا يمكن نسبته إلى البائع ولكن إلى المشتري وبالتالي لا ضمان على البائع. وكذلك الأمر في حالة ما إذا استعمل الشيء بطريقة لا تتفق والاستعمال المعتاد للشيء ما لم يكن المشتري قد اشترط الضمان على البائع في هذه الحالات.

ولكن قد يطرأ العيب في الفترة ما بين وقت البيع ووقت التسليم ويبقى إلى أن يتم التسليم، فأراد المشرع المصري أن يدخل هذه الفترة في نطاق ضمان العيوب الخفية، فاشترط أن يكون العيب موجوداً وقت التسليم.

ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين: إما يكون هذا العيب اللاحق راجعاً إلى قوة قاهرة وفي هذه الحالة البائع يتحمل تبعته طالما كان قبل التسليم ولكن لا يضمنه ويكون للمشتري في هذه الحالة الحق في الفسخ أو إنقاص الثمن، وإما أن يكون راجعاً إلى خطأ البائع فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم لأنه لم يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالتالي يلتزم بتعويض المشتري عما يصيبه من ضرر نتيجة هذا الإخلال، وهي نفس النتيجة التي يؤدي إليها ضمان العيب[2].

أما إذا كان العيب يتمثل في صفة معينة في المبيع كفلها البائع للمشتري فإن البائع يضمن وجود هذه الصفة وقت التسليم. وعلى ذلك إذا تخلفت هذه الصفة وقت التسليم كان البائع ملتزماً بضمان العيوب الخفية، مثال ذلك أن الحاسب

---

(١) مثال ذلك أن توجد جرثومة المرض في الحيوان المبيع قبل التسليم ثم يظهر المرض بعد التسليم، أو أن دورة حياة السوس في الغلال أو الخشب لا تكتمل إلا بعد التسليم بالرغم من وجود أصلها قبل التسليم.

(٢) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ١٩٦، حيث يرى أن يكون العيب موجوداً وقت البيع في الشيء المعين بالذات، ووقت الإفراز بالنسبة للشيء المعين بالنوع.

الآلي لا يتوافر فيه القوة التي كفلها البائع للمشتري[1] وأن سرعة السفينة أقل بكثير من السرعة التي كفلها البائع للمشتري[2] وأن عدد الكيلومترات في عداد السيارة غير مطابق لما اتفق عليه[3].

٢ - يجب أن يكون العيب مؤثراً:

هذا الشرط ينصرف فقط إلى العيب الخفي بالمعنى الدقيق وبالتالي لا يشمل تخلف صفة في المبيع كفل البائع للمشتري وجودها فيه.

مجرد تخلف الصفة يوجب الضمان:

تنص المادة ٤٤٧ مدني مصري على أنه «١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو . . . . . .».

في القانون اللبناني:

نص المشرع في نهاية المادة ٤٤٢ موجبات وعقود على أن « . . . . ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو، أو اشترط الشاري وجودها».

وعلى ذلك يتضح من عبارة النص أن المشرع يفرد لتخلف الصفة حكماً خاصاً بها ولا يتطلب فيها أن يكون مؤثراً **ولذلك فإن مجرد تخلف الصفة في المبيع وقت التسليم توجب على البائع ضمان العيب الخفي متى قام المشتري بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع**[4].

وقد بينا فيما سبق أن تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في البيع بمعناه التقليدي الدقيق، أي الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أن المشرع قد ألحقه بالعيب الخفي وأجرى عليه أحكامه فيما

---

(١) Civ. 1, 13 oct. 1993, sté Bouchannerie Gabriel, Bull. I., no 287, D. 94.211; J.C.P. 93. IV. 2639.

(٢) Com. 27 avr. 1979, Bull, IV, no 132.

(٣) Civ. 1, 16 juin 1993, Bul. I, no 224; D. 94. 210; J.C.P. 93. IV. 2128.

(٤) نقض ١٥/٥/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٧٩٦.

يختص بقواعد الضمان. ولذلك يكون رجوع المشتري على البائع في هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية. وليس على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان[١] ولذلك في القانون الفرنسي حيث لا يوجد نص مماثل يجري الفقه والقضاء على اعتبار تخلف الصفة في المبيع إخلالاً بالالتزام بالتسليم ويجري عليه أحكامه[٢]. وبناء على ذلك فإنه لا يشترط في هذه الحالة في فرنسا

---

(١) نفس الحكم السابق الإشارة إليه.

(٢) ويرى الفقه أن كل عيب خفي يعتبر بحسب تعريفه تخلفاً في التسليم لأن المشتري لا يمكن أن يطلب شيئاً معيباً. وعلى ذلك يمكن القول بأن المشتري يستطيع الخيار بين الدعوى العقدية المقررة في القواعد العامة (والخاصة بالتسليم) وضمان العيوب الخفية (بشروطها وأحكامها الخاصة) أنظر

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit, no 287 p. 197.

لكن هذا الخيار قد أدين اليوم - من حيث المبدأ - من قبل القضاء وبصفة خاصة إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفي بالمعنى الفني، وتطلب الرجوع فقط بدعوى ضمان العيوب الخفية. أنظر

Civ. 3 25 janv. 1989, Bull. III, no 20, 27 mars 1991 ibid, no 107; 23 oct 1991 ibid, no 249.

وقد انضمت إليها الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض. أنظر

Civ. 1,5 mai 1993, Bull. I, no 158, D. 93. 506; note. A. Benabent, som. 242, obs. O. Tournafond; 27 oct. 1993, Bull. I, no 305; 8 déc 1993, D. 94. 212.

ولكن يبدو أن الغرفة التجارية تقبل الجمع بين هذه الدعاوى لأن التعريف الذي نعطيه للعيب الخفي يشمل تخلف الصفة وبالتالي تخلف التسليم. أنظر

Com., 4 mai 1993, Bull. IV, no 173, Rev. trim. dr. com. 94. 363 note P. Jourdain.

وهناك بعض الفقهاء يؤيدون هذا الجمع. أنظر

G. Viney. .C.P. 93. I. 3727, no 29; J.C.P. 94. I. 3773 no 12.

لكن إذا كان العيب يتمثل في الفرق بين المبيع بحسب ما تم وصفه وتمييزه بالاتفاق وبين الشيء الذي تم تسليمه فإن المشتري بالخيار بين الدعويين. أنظر

A. Benabent chrs. précitée supra note 1 no 7; P. Jourdain, note précitée.

وعندما يمارس المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية، بعد الميعاد، فإن قضاة الموضوع ينبغي عليهم التصدي من تلقاء أنفسهم للبحث فيما إذاكان يجب فسخ البيع بسبب تخلف البائع في التزامه بالتسليم. أنظر

Civ. I, 16 juin 1993, Baduet, Bull. I, no 224; D. 94. 546, note Th. clay.

وكانت القضية تتعلق ببيع سيارة مستعملة وكان عدد الكيلومترات غير مطابق للمتفق =

وفي مصر ولبنان ما يشترط في العيب الذي يضمنه البائع من أن يكون مؤثراً أو خفياً[1].

ولا يشترط أن تكون الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه مذكورة صراحة في عقد البيع، بل يكفي ذكرها ضمناً، فالبيع بالعينة أو البيع طبقاً لنموذج مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو النموذج، فإذا اختلت المطابقة كان هذا عيباً موجباً للضمان لتخلف الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالمبيع طبقاً للعينة أو النموذج (أنظر نص المادة ٤٤٤ موجبات وعقود لبناني) وإذ هلك المبيع أو ناله عيب، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة على النموذج.

ونحن نرى أنه سوف يترتب على التفرقة بين تخلف الصفة وبين العيب الخفي بالمعنى الفني على هذا النحو نتيجة في غاية الأهمية، فحيث أن تخلف الصفة في المبيع يتحدد وفقاً لما اتفق عليه بين المتعاقدين فإنه لا يمكن إثارة ضمانه إلا من جانب المشتري بينما في العيب الخفي بالمعنى الفني باعتباره نقيصة في الشيء المبيع ذاته فإنه يمكن إثارة ضمانه من جانب المشتري وكل الملاك المتعاقبين لهذا الشيء على نحو ما سنرى فيما بعد وقت التسليم، كما أن وقت إثارة الضمان لتخلف الصفة سيكون غالباً عند التسليم، أما بالنسبة للعيب الخفي سيكون غالباً بعد التسليم.

ب- معيار العيب المؤثر:

ويقصد بالعيب هنا الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع[2]. تنص المادة ١/٤٤٧ مدني على أنه «. . . أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته

= عليه. أو بسبب تدليسه. أنظر

Civ. 1,16 avr. 1991, Bull. 1, no 144; D. 93. 186, note Ph. Brétaudeau. J.C.P. 91. IV. 237; Rev. trim. dr. civ. 92, 175, note J. Normand.

ولكن يجب احترام مبدأ المجابهة بالدليل وبدعوة الأطراف لتقديم ملاحظاتهم. أنظر

Civ. 1, 27 oct. 1993, Bull. I, no 302.

(١) أنظر نقض ١٥/٥/١٩٦٩ السابق الإشارة إليه، ٢٣/٤/١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٦٩٧، ٢٨/١٠/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٣٤٥.

(٢) نقض ١٥/٥/١٩٦٩ السابق الإشارة إليه.

أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له . . ».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٤٢ موجبات وعقود على أن «يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع . . ».

ويتضح من هذه النصوص أن العيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع[1] ولذلك فإن المعيار هنا معيار موضوعي محض. ولكيفية تحديد العيب المؤثر أوردت النصوص عدة معايير موضوعية أيضاً.

فالعيب المعول عليه هو الذي يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية، أو من نفعه المادي وعلى ذلك فإن العيب قد ينقص من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه كما لو أن السيارة عيب فني في المحرك يؤدي إلى زيادة استهلاك البنزين بشكل ملحوظ فإنها صالحة لجميع الأغراض المقصودة منها وعلى أكمل وجه ولكن بها عيب ينقص قيمتها إنقاصاً محسوساً وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته، كما أن هناك طراز من الغسالات به عيب من حيث التصميم الفني يجعل درجة تجفيف الملابس أقل من المطلوب فهذا النوع من الغسالات رغم هذا العيب الذي ينقص من منافعها إلا أنها محتفظة بقيمتها لما تتمتع به من مزايا فنية عالية. فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة كان له أن يرجع بضمان العيوب الخفية[2] ولتحديد ما إذا كان العيب ينقص من قيمة الشيء أو من المنافع المقصودة من المبيع، يجب الرجوع قصد المتعاقدين، ما هو مبين في العقد، أو إلى ما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له.

أ ـ فيما يتعلق بما هو مبين في العقد، فإن الأمر يتعلق بصفة في المبيع قد كفلها البائع للمشتري أو قد ذكرها البائع في العقد وقد سبق أن رأينا حكم هذه

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٦٥ ص ٧١٧.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٦٥ ص ٧١٨.

الحالة، وهو إجمالاً أنه «. . . يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه»[(١)] أي مجرد تخلف الصفة يكفي للرجوع بالضمان على البائع على النحو السابق بيانه.

- فيما يتعلق بما هو ظاهر من طبيعة الشيء، فإن هذا الأمر يفترض أن المتعاقدين لم يذكرا شيئاً - صراحة أو ضمناً - عن المنافع المقصودة من المبيع ولذلك يجب في هذه الحالة الرجوع إلى طبيعة الشيء لتحديد هذه المنافع المقصودة وبالتالي العيوب التي تخل بهذه المنافع. فالدواء فعاليته تحدد بمدة معينة، لذلك فإن درجة معينة من القدم قد تعيبه ولكنها لا تعيب مادة غذائية، وذلك لأنها تفوت على المشتري المنافع المقصودة منه. فإذا كان المبيع متجراً، فإن انتهاء رخصته، أو بطلان عقد إيجاره يفوت على المشتري المنافع المقصودة من شراء المتجر بحسب طبيعته وبالتالي يكون عيباً مؤثراً يخول للمشتري أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية. وكذلك براءة الاختراع يمكن أن يكون بها عيب خفي عندما يكون هناك نقص في الفكرة التي تقوم عليها بحيث تجعلها غير قابلة للإستغلال على النحو المعتاد[(٢)]، وكذلك كثرة الأعطال في الأدوات الكهربائية، كالتليفزيون، والغسالة تفوت على المشتري المنافع المقصودة من شرائها بحسب طبيعتها والحاجة المستمرة لها، وكذلك الأمر بالنسبة للسيارات، والقوارب وغيرها.

٢)- فيما يتعلق بالغرض الذي أعد له، وقد يكون للغرض الذي أعد المبيع له انعكاس واضح على تحديد ما يعتبر نقصاً في القيمة أو في المنفعة المقصودة من المبيع وبالتالي ما يعتبر عيباً مؤثراً. فعدم صلابة الأرض تعتبر عيباً مؤثراً إذا كانت أعدت للبناء ولكنها لا تكون كذلك إذا أعدت كملاعب رياضية. فإن شراء فرس للسباق ثم يتضح أنه ليس كذلك يعتبر عيباً مؤثراً. شراء أرض زراعية على أساس أن تربتها صالحة لزراعة الموالح ثم يتضح أنها ليس كذلك يعتبر عيباً مؤثراً.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١١١ وانظر ما جرى عليه القضاء المصري في الفقرة السابقة.

(٢) Civ. 3, 24 juin 1975, Bull. III. no 214; D. 76. 193, note J. Schmidt; trib. de gran. inst. de Paris, 15 oct. 1993, D. 94. 554 note crit. J.l. Piotraut.

وتقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أو غير مؤثر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه على ضوء الواقع وبحسب المعايير السابقة[1].

فإذا لم يكن العيب مؤثراً فلا ضمان على البائع. وعلى ذلك فإنه لا ضمان إذا كان العيب تافهاً وجرى العرف على التسامح في مثله (م ٤٤٨ مدني مصري م ٢/٤٤٢ موجبات وعقود).

فقد جرى العرف على أن وجود بعض المواد الغريبة في حب السمسم أو القمح أو الأرز لا يكون عيباً مؤثراً.

وقد نصت المادة ٤٤٣ موجبات وعقود لبناني على ما يلي «أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان».

ويتضح من ذلك أن الأصل في الثمار ذات الغلاف اليابس، مثل الجوز واللوز والبندق والبطيخ والشمام، هو عدم ضمان عيوبها الخفية وذلك لأنه لا يمكن معرفة حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها عن طريق كسرها. وللخروج عن هذا الأصل لا بد من الاتفاق صراحة على الضمان أو إذا كان العرف المحلي يوجب على البائع الضمان في مثل هذه الحالات.

٣ - يجب أن يكون العيب خفياً:

يعتبر العيب خفياً إذا كان المشتري غير مستطيع أن يتبينه وقت البيع إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادي (م ٢/٤٤٧ مدني مصري) وعلى ضوء هذا النص يجب أن تستبعد من نطاق هذا الشرط حالة ما إذا كفل البائع المشتري صفة معينة في المبيع، ثم نبين بعد ذلك المقصود بالعيب الخفي ونطاقه.

أ - استبعاد حالة تخلف صفة في المبيع كفلها البائع للمشتري أو أكد وجودها:

سبق أن رأينا أنه إذا كفل البائع للمشتري صفة معينة في المبيع أو أكد البائع

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ٢٠٠.

للمشتري وجود صفة معينة فإن مجرد تخلف هذه الصفة وقت التسليم يجعل للمشتري الحق في الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية[1] حيث قررت أن «ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدراً معينة من الريع يعتبر كفالة من البائع لصفة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدني. وتخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناها التقليدي الدقيق، لأن العيب الخفي كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أنه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان، **وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط** ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع بشرط قيام المشتري بإخطاره **وذلك أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت** وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع..»[2].

ب ـ تحديد المقصود بالعيب الخفي ونطاقه:

سبق أن قلنا أن العيب يعتبر خفياً إذا كان المشتري غير مستطيع أن يتبينه وقت البيع إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادي[3] وعلى ذلك إذا كان العيب

(١) نقض ١٥/٥/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٧٩٦.

(٢) قد تواترت أحكام محكمة النقض على ذلك. أنظر نقض ١٩/٣/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقـض س ٢١ ص ٤٧٥، ٢٣/٤/١٩٧٠ س ٢١ ص ٦٩٧، ٢٨/١٠/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٣٤٥.

(٣) القضاء الفرنسي يفرق بين المشتري العرضي والمشتري المهني، وتذهب محكمة النقض الفرنسية منذ ١٩٥٠ إلى أنه بالنسبة للمشتري المهني يفترض أن يعلم بالعيوب التي في الشيء الذي يشتريه. أنظر =

ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بل رضي بأن يتسلمه فإن البائع لا يضمنه. وكذلك الأمر إذا لم يكن العيب ظاهراً ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (ما لم يثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعين أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه) هذا الإجمال يحتاج إلى بعض التفصيل.

يتضح مما تقدم أن المشرع قد لجأ إلى معيار موضوعي لتحديد متى يعتبر العيب خفياً وهو معيار الرجل العادي. فإذا كان الرجل العادي يستطيع أن يتبين العيب الذي وجد في المبيع وقت البيع فإن العيب يعتبر ظاهراً وبالتالي لا ضمان على البائع حتى لو أن المشتري نفسه لم يستطع ذلك لضعف إدراكه عن مستوى الرجل العادي. أما إذا كان العيب من الخفاء بحيث لم يستطع الرجل العادي أن يتبينه وإنما يلزم لذلك خبير متخصص فإن العيب يعتبر خفياً ويجب على البائع ضمانه.

لكن إذا كانت قدرة المشتري نفسه بالنسبة لبعض الأشياء لا تمكنه من مجرد الفحص المعتاد معرفة حقيقتها فإن هذا يقتضي منه الالتجاء إلى أهل الخبرة في ذلك، فمثلاً من يشتري منزلاً عليه أن يستأنس برأي مهندس معماري في معرفة حالته[1] ومن يشتري سيارة عليه أن يستعين بفني سيارات، ومن يشتري أرض زراعية هو لا قبل له بالزراعة عليه أن يستشير مهندساً زراعياً لمعرفة حالتها. فإن لم يفعل ذلك وتبين وجود عيب في المبيع كان يمكن أن يكتشفه رجل خبرة عادي مما سبق ذكرهم فإن العيب لا يعتبر خفياً بل يعتبر ظاهراً ولا يضمنه البائع[2] ومع ذلك البائع يلتزم بضمان العيب في هذه الحالة، إذا أثبت المشتري أحد أمرين:

Civ. 1, 18 déc. 1962, Bull. I, no 554, D. 63. 114. =

ولكن يستطيع نفي هذه القرينة بإثبات غش البائع أو أن العيب لا يمكن اكتشافه. أنظر في تفصيل ذلك

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit; no 393 p. 245.

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ٢٠٠، ٢٠١، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٦٧ ص ٧٢٥، أنور سلطان، ٢٧٢ ص ٣١٨.

(٢) نقض ٢٦/١/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢٦٤.

(١) أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب، فعزوف المشتري عن فحص المبيع بنفسه ولو بعناية الرجل العادي أو بالالتجاء إلى أهل الخبرة عندما تقتضي طبيعة الشيء ذلك راجع إلى تأكيد البائع له ومعتمداً بذلك على أن البائع سيضمن له في كل حال هذا العيب، فلو ظهر العيب في المبيع رجع عليه بالضمان. مثال ذلك أن المشتري عندما شك في قوة احتمال خشب سقف المنزل فأكد له البائع أنه خال من السوس ثم تبين وجود السوس، أو إذا أكد البائع للمشتري أن المحل التجاري المبيع له رخصة ثم تبين أنه غير مرخص، أو أن البذور خالية من الآفات وصالحة للإنبات ثم اتضح أن بها آفة تجعلها غير صالحة للانبات[1]. وكما هو واضح من هذه الأمثلة أنه لا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام، بل يجب أن ينصب التأكيد على خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات.

(٢) أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، مثل ذلك وضع نوع معين من الزيوت في السيارة عند تجربتها بدلاً من الزيت العادي للمحرك بقصد إخفاء عيب في محركها، أو إذا كان بهيكل السيارة كسر عمد البائع إلى لحامه وإخفائه بالطلاء حتى لا يكتشفه المشتري. في مثل هذه الحالة يكون البائع ضامناً إذا لم يتبين المشتري العيب حتى ولو كان فني السيارات العادي يستطيع أن يتبينه أي ولو كان ظاهراً[2].

- والعبرة في خفاء العيب بوقت البيع بحيث لا يؤثر ظهوره بعد ذلك على التزام البائع بالضمان.

(٤) - يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري:

تنص المادة ٢/٤٤٧ مدني مصري على أنه «ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع..» (م ٤٦٠ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ضوء هذا النص يجب أن نحدد نطاقه، ثم نبين المقصود بعلم

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٩ ص ٢٠١.

(٢) نفس المرجع في نفس الموضع.

المشتري والشروط الواجب توافرها فيه.

أ ـ استبعاد حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري في المبيع:

سبق أن رأينا أن القضاء المصري يذهب إلى أنه في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، أن مجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب الضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع[1].

ب ـ المقصود بعدم علم المشتري بالعيب:

هذا يعني أنه لا يكفي أن يكون العيب خفياً، بل يجب أيضاً أن يكون المشتري غير عالم به وقت البيع، وتفسير ذلك بسيط حيث إنه إذا ثبت أن المشتري كان يعلم بالفعل وجود العيب وقت التسليم بالرغم من خفائه، فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه يعد رضاء منه به، ونزولاً عن حقه في الرجوع بالضمان[2].

والعلم المسقط للضمان للعيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي، فمثلاً نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب[3]. كما أن العلم الحقيقي المتطلب لا يكفي للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري في عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع[4].

ما دام العيب خفياً، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به، فإذا أراد البائع أن يتخلص من الضمان، فعليه عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب، ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[5].

(١) أنظر نقض ١٥/٥/١٩٦٩ وباقي الأحكام الأخرى السابق الإشارة إليها.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٦٨ ص ٧٢٧.

(٣) نقض ١٤/٥/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٨٠٨.

(٤) نقض ٢٨/٢/١٩٨٥ الطعن رقم ١٦٧٤ سنة ٥٤ ق.

(٥) نقض ٢٠/١٠/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٥٥٢.

ـ أثر علم البائع أو جهله بالعيب:

فإذا كان علم المشتري مسقط لضمان العيب الخفي فإن علم البائع أو جهله بالعيب، أي سواء كان حسن أو سيء النية، لا يؤثر على التزامه بالضمان من حيث المبدأ. وقد نصت على ذلك العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ بقولها «. . . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده».

ولكن علم البائع بالعيب أو جهله له تأثير على أحكام هذا الالتزام، فيكون لذلك أثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، كما يكون له أثر في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي، وكذلك يكون له أثر، إذا اقترن العلم بالغش، في إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة على نحو ما سنرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً ـ من حيث البيع الذي ينشيء الضمان:

يمتد نطاق ضمان عدم التعرض والاستحقاق ليشمل كل البيوع، لكن بالنسبة لضمان العيوب الخفية فالمشرع ينص في المادة ٤٥٤ مدني مصري على أنه «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

وتنص المادة ٤٦٤ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية».

والحكمة من ذلك، كما تقول المذكرة الإيضاحية، أن البيع بالمزاد، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة «قد أعلن عنه، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة. فيحسن بعد أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين»[1].

وعلى ذلك فلا ضمان للعيوب الخفية في البيوع القضائية التي يستلزم القانون أن تتم تحت إشراف القضاء، كبيع أموال المدين جبراً لسداد ديونه، وبيع أموال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٢٩.

المفلس، وكبيع أموال القاصر والمحجور عليه في المزاد. وكذلك لا ضمان للعيب الخفي في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد، لاقتضاء الضرائب مثلاً[1].

أما إذا كان البيع مما لا يستلزم القانون حصوله بواسطة القضاء فلا يسري عليه هذا النص ولو تم فعلاً أمام جهة قضائية كما إذا تمت القسمة بين الشركاء كاملي الأهلية بطريق التصفية أمام المحكمة[2].

وفيما وراء ذلك فإن كل البيوع تنشىء التزام بضمان العيوب الخفية ويستوي في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل، ويستوي في ذلك أن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً، أو أن يكون مادياً أو معنوياً.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى إلزام البائع بضمان العيب الخفية في بيع الأشياء المنقولة المستعملة[3] وبطبيعة الحال فإن المشتري لا يمكنه أن ينتظر أن تكون نوعية الأشياء المستعملة هي نفسها للأشياء الجديدة، كما هو الحال بالنسبة للسيارات المستعملة مثلاً، وقد كان الاتجاه، قبل ذلك، أن هذا النوع من البيع لا يوجد فيه، ما لم يكن هناك اشتراط خاص، ضمان للعيوب الخفية لأن العيب الناشيء من القدم لا يمكن أن يكون خفياً. ولكن هذا الاتجاه لم يلق أي قبول حيث أن معظم البيوع العقارية تكون لأشياء مستعملة[4].

وإذا كان المبدأ الذي وضعه القضاء واضحاً إلا أن تطبيقه كان نسبياً، فالبائع يضمن للمشتري الاستعمال العادي الذي يمكن أن ينتظر عقلاً من الشيء. وكل ذلك يعتمد بطبيعة الحال على حالة الشيء من حيث القدم، فإذا كانت العيوب ناشئة عن قدمه فإنها لا تكون عيوب خفية[5] ويمكن أن يستدل على ذلك من الثمن

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧١ ص ٧٣٢.

(٢) أنور سلطان، فقرة ٢٨٢ ص ٣٢٨، منصور مصطفى منصور فقرة ٩٠ ص ٢٠٣. السنهوري، فقرة ٣٧١ ص ٧٣٣.

(٣) Com. 11 juin 1954, D. 54. 697, Gaz. Pal. 54. II. 258, Rev. trim. dr. civ. 55. 128, note J. Carbonnier.

(٤) أنظر
G. Levy, Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion, Rev. trim dr. civ. 1970. 1.63.

(٥) Verseilles, 28 sept. 1990 D. 91, som. 168, note Tournafond.

الذي دفعه المشتري[1] أو من ظاهر الشيء[2].

وتتضمن مثل هذه البيوع عادة شروطاً مقيدة لضمان العيوب الخفية وقد ذهب أحد الأحكام إلى اعتبار مثل هذا الشرط معفي من المسؤولية[3] ويذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن هذا الشرط عديم الأثر إذا كان في عقد بيع بين مهني وغير مهني[4].

كما أن القضاء الفرنسي يذهب بصدد تطبيق الالتزام بضمان العيوب الخفية إلى التفرقة بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى أنه بالنسبة للأشياء الخطرة ينبغي على البائع أن يخطر المشتري، بل والغير، عندما يكونوا من مستعملي الشيء بالخطر الناشيء عن الشيء وبطريقة الاستعمال التي تسمح بتجنب الحوادث[5] ما لم يكن الخطر واضحاً للعيان[6].

علاوة على ذلك تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالأمان l'obligation de sécurité لا تخضع لمدة التقادم القصير الواردة في المادة ١٦٤٨ والخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية[7].

وإذا كان المبيع من الأشياء الحديثة فقد ذهب بعض الفقهاء أن هذه الأشياء تتضمن اختراعات فنية وبالتالي يجب ألا يكون البائع ملتزماً بصددها بضمان العيوب الخفية والقول بغير ذلك سيؤدي إلى وقف التقدم التقني، خاصة وأن المشتري يعرف أنه يشتري مثل هذه الأشياء على مخاطرة[8]. على العكس من ذلك

(١) فمثلاً المشتري لسيارة لم يدفع إلا ثمن هيكلها فإنه لا ينتظر منها أن تعمل.

(٢) com. 5 févr. 1974 Bull. IV, no 50.

(٣) Civ. 1, 25 juin 1968, Bull. I; no 183.

(٤) أنظر على سبيل المثال

Com. 14 déc. 1970, Bull. No 345.

(٥) Civ. 2, 5 mai 1959, Bull. II, no 350, J.C.P. 59. II. 11155.

(٦) وكان يتعلق بأسطوانة غاز

Civ. 1, 21 janv. 1959, Bull. I. no 43.

(٧) Civ. 1, 27 janv. 1993, Bull. I. no 44, D. 94. som. 238, note. O. Tournafond.

(٨) M. Alter, l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels. Thèse. Grenoble; L.G.D.J. 1972, préf. P. Catala.

يذهب القضاء إلى أن هناك التزاماً خاصاً بالتبصير يقع على عاتق البائع يهدف إلى تبصير كل من يستعمل الشيء بطريقة استعماله والمخاطر الناشئة عنه[1].

وهناك ما يسمى بمخاطر التطور وذلك عندما يتعلق الأمر بمنتج تم تصنيعه وبيعه، ولكن كان يستحيل، في بعض الأحيان، بما هو متاح من تكنولوجيا العصر الكشف حينئذ عن العيب، حيث أن أوجه القصور فيه لم تظهر إلا بعد ذلك لأن وسائل التصنيع والمعرفة قد تغيرت[2] والقضاء منقسم حول هذ الموضوع ولكنه يذهب بصفة عامة إلى اعتبار أن المورد هو الذي يتحمل هذه المخاطر[3] ما لم يكن الأمر يتعلق بالدواء[4].

ثالثاً ـ تمييز ضمان العيوب الخفية عما قد يشتبه به من أنظمة :

وحيث أن المشرع قد خص ضمان العيوب الخفية بقواعد خاصة فإنه يلزم أن نميز بينه وبين الأنظمة الأخرى التي قد تشتبه أو تجتمع معه لمعرفة الأحكام الواجبة التطبيق.

ولذلك يجب أن نميز بين ضمان العيوب الخفية والغلط والتدليس، وبين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ والعجز في المقدار وضمان الاستحقاق الجزئي. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ التمييز بين ضمان العيوب والغلط :

الغلط وهم يقوم في الذهن يجعل المتعاقد يتصور المبيع على غير حقيقته. والغلط يقع فيه المتعاقد حال تكوين إرادته، فهو عيب يصيب الإرادة فيتوهم أمراً على غير حقيقته فعندئذ تنطلق إرادته إلى إبرام العقد. فمن يشتري تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته. فالغلط على هذا النحو

---

(١) أنظر على سبيل المثال

Com. 2 mai 1990, Bull. IV, no 133.

(٢) H.C. Tachner, la future responsabilité du fait des produits défectueux dans la communauté européenne, J.C.P. 1986, éd Entrp. no 14761.

(٣) Civ. 3,30 nov. 1983, Bull. III. no 253; Rev. trim dr-civ. 86-136.

(٤) Civ. 1, 8 avr. 1986, Bull. I. no 82. J.C.P. 87. II. 20271, note G. Vala et A. Viandier, Rev. trim. dr. civ. 87.777. note crit J. Huet.

أوسع نطاقاً من العيب لأنه قد يتحقق والمبيع سليم خال من العيوب كما لو تصور مشتري جهاز كمبيوتر معتقداً أنه من ماركة معينة ثم يتضح أنه من ماركة أخرى. ومع ذلك يمكن أن يكون العيب الخفي سبباً للغلط ولكن العكس غير متصور إذ يمكن أن يكون هناك غلطاً دون أن يكون عيباً خفياً[1].

وبالرغم من اجتماع الغلط والعيب الخفي في بعض الفروض إلا أنه يبقى هناك مع ذلك فروق في طبيعة المعيار وفي الشروط، وبالتالي اختلاف في النظام القانوني لكل منهما.

فالغلط يقع في صفة جوهرية في المبيع دفعت المشتري إلى التعاقد، لأن هذه محل اعتبار من جانب المشتري بغض النظر عن أنها تتصل بالغرض الذي أعد له الشيء أم لم تتصل. أما العيب الخفي فيقع في الغرض الذي أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض، سواء كان هذا محل اعتبار من جانب المشتري أو لم يكن كذلك. وعلى ذلك فإن هناك اختلاف في طبيعة المعيار الذي نركن إليه لتحديد الغلط أو العيب الخفي. فالمعيار في الغلط معيار شخصي أو ذاتي أي يكفي أن تكون الصفة الجوهرية في المبيع دافعة للمشتري بالذات إلى التعاقد وبصرف النظر عن إتصالها بالغرض المعد له الشيء أو عدم اتصالها بذلك. أما العيب الخفي فالمعيار بصدده معيار موضوعي يقدر بالنظر إلى الغرض الذي أعد له المبيع، فإذا جعله غير صالح لهذا الغرض اعتبر عيباً خفياً، سواء كان ذلك محل اعتبار من جانب المشتري أو لم يكن كذلك.

كما أن المعيار بصدد الغلط أكثر تشدداً إذ يلزم أن يكون الغلط جوهرياً بمعنى أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المشتري عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط (م ١٢١/١ مدني مصري) أما العيب الخفي فلا يلزم أن يصل إلى هذا الحد من الجسامة.

واختلاف الفلسفة التي يستجيب لها كل من الغلط والعيب الخفي تؤدي إلى فروق جوهرية بينهما. فتقدير الغلط يكون وقت إبرام العقد لضمان سلامة الإرادة

---

(١) أنظر

D. Tallon, Erreur sue la substance et garanties des vices dans la vente mobilière, Etude Hamel, Dalloz 1961, pp. 435-457.

التي تكون العقد، أما العيب الخفي فيقدر عند التسليم لضمان أن المبيع يحقق الغرض المعد له. ولذلك أدى ذلك إلى اختلاف الجزاء المترتب على كل منهما. كما أن فلسفة الغلط وإن كانت تهدف إلى حماية المتعاقد إلا أنها في نفس الوقت تراعي استقرار التعامل والتي تختلط بمصلحة المتعاقد الآخر. لذلك استلزم الأمر أن يكون البائع على اتصال بالغلط حتى لا يفاجأ بإبطال العقد، فاشترط أن يكون البائع واقعاً في نفس الغلط أي جاهلاً حقيقة المبيع، أو أن يكون على علم بأن المشتري يجهل حقيقة المبيع، أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك (م ١٢٠ مدني) أما العيب الخفي فلا أثر لعلم البائع أو جهله بوجود العيب أو بأن المشتري يجهل وجوده لأن فلسفته تقوم على ضمان البائع للمشتري صلاحية المبيع لأداء الغرض المعد له.

بناء على ما تقدم فإذا كان العيب الخفي تمثل في أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود نتيجة تخلف صفة جوهرية في اعتبار المشتري وكان المشتري غير عالم بالعيب وكذلك البائع. فإن ذلك يشكل غلطاً إلى جانب اعتباره عيباً خفياً فإن للمشتري الخيار بالرجوع بدعوى ضمان العيب أو بدعوى الغلط. وفي هذه الحالة لا يتقيد بالقواعد المنظمة لدعوى ضمان العيب، كالإخطار، ومدة التقادم القصيرة، وبداية احتساب التقادم غير ذلك على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

لكن إذا تخلف شرط من شروط الغلط السابق ذكرها فإنه لا يكون للمشتري إلا الرجوع بدعوى ضمان العيب.

٢ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس:

اختلاف فلسفة التدليس باعتباره عيباً من عيوب الإرادة تختلف عن فلسفة ضمان العيب الخفي على النحو الذي بيناه بصدد الغلط ولذلك نجد أن هناك فروق جوهرية تميز بينهما سواء من حيث طبيعة المعيار ومداه، ومن حيث الشروط وبالتالي من حيث النظام القانوني.

وعلى ذلك قد يجتمع التدليس مع ضمان العيب إذا توافرت شروط التدليس، وذلك في حالة ما إذا كان بالمبيع عيب خفي تعمد البائع إخفاءه عن المشتري غشاً

منه مع توافر الشروط الأخرى للتدليس فيكون للمشتري الخيار بين الدعويين. ولكن قد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب وذلك في حالة توافر جميع شروط التدليس ولكن تخلف شرط لضمان العيب كأن يكون الغلط الذي انساق إليه المشتري نتيجة التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع. كما أنه قد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس في حالة ما إذا لم يدلس البائع على المشتري أو لم يكن يعلم بالعيب أصلاً حيث أن ذلك لا يمنع الضمان ولكن يتخلف به شرط في التدليس.

٣ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ:

تقوم فلسفة العيب الخفي على أنه لا يكفي أن يقوم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري وتمكينه من حيازته حيازة هادئة وإنما يلزم أيضاً أن يكون المبيع خال من العيوب الخفية التي تجعله غير صالح لتحقيق الغاية التي قصد إليها المشتري، أما فلسفة الفسخ فتقوم على تخلف البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها. ومن هنا نجد أن ضمان العيب قد يتلاقى مع الفسخ لعدم التنفيذ ولكن يبقى كل منهما محتفظاً بخصائصه ونطاقه القانوني. كما أنهما قد لا يلتقيان.

وعلى ذلك قد يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب لعدم توافر شروطه، فمثلاً إذا اشترط المشتري أن يكون المبيع بحالة جيدة، ثم يتبين أنه ليس كذلك وإن كان هذا لا يمس صالحيته لأداء كل الأغراض المقصودة منه، ففي هذه الحالة لا يكون أمام المشتري إلا طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم ولا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب.

وعلى العكس من ذلك قد يقوم ضمان العيب لتوافر شروط دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ لعدم توافر شروطه، فمثلاً إذا وجد المشتري المبيع في الحالة التي اشترطها، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود في هذه الحالة لا يكون أمام المشتري إلا الرجوع بضمان العيوب دون الفسخ.

أخيراً قد يجتمع كل من الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب وذلك حالة ما إذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود، أو كفل البائع للمشتري ووجود صفات معينة في المبيع ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة أو

تخلفت الصفة، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها أو لتخلف الصفة التي نقلها البائع للمشتري كما له أن يرجع بدعوى ضمان العيب لتوافر شروطه في الحالتين طبقاً لنص المادة ٤٤٧ مدني.

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب في كثير من الجوانب، ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط عدم علم المشتري بالعيب، ولا يلزم الإخطار على خلاف دعوى الضمان. ويجوز الفسخ في كل البيوع ولو كانت قضائية أو إدارية بخلاف ضمان العيب. ومدة التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، في دعوى الضمان سنة من وقت التسليم ويترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي أما في ضمان العيب فالبيع قائم وعلى أساسه إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري، وإما أن يستبقي المبيع مع أخذ تعويض[1].

٤ ـ **التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز في مقدار المبيع:**

العجز في مقدار المبيع يتمثل في نقص في كميته. أما العيب الخفي في المبيع فنقص في قيمة المبيع أو منفعته بحسب الغاية المقصودة منه وبالتالي لا شأن له بمقدار المبيع أو كميته. وبالتالي فإن العجز في مقدار المبيع يتعلق بنقص في الكم أما العيب الخفي فيتعلق بنقص في الكيف أو الكيفية[2] وتختلف دعوى العجز عن دعوى ضمان العيب في أن هذه الأخيرة تستلزم أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ولا يشترط ذلك في الدعوى الأولى، ونطاق دعوى العجز يتسع ليشمل كل البيوع دون استثناء، في دعوى الضمان يستثنى بيع المزاد القضائي أو الإداري.

وتتفق الدعوتان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استيفاءه إذا كان العجز أو العيب جسيماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم. ولكن أساس هذا الرد مختلف ففي دعوى العجز رد المشتري للمبيع يكون عن طريق فسخ البيع، أما

---

(١) أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٨٤ ص ٧٦٧، ٧٦٨.

(٢) أنظر السنهروي، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٨٥ ص ٧٦٨.

في دعوى ضمان العيب فإن رد المشتري للمبيع يتم على أساس أن العقد قائم.

٥ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي:

الخط الفاصل بينهما أنه في ضمان الاستحقاق الجزئي يفترض أن هناك تعرضاً للمشتري من جانب الغير الذي يدعي حقاً على المبيع. على العكس من ذلك بالنسبة لضمان العيب، فإنه لا ينشأ عن حق للغير على المبيع وإنما ينتج عن وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته أو من منفعته.

ويتفق كل من ضمان العيب وضمان الاستحقاق الجزئي من حيث الفلسفة حيث أن كل منهما يهدف إلى ضمان تمتع المشتري بكل منافع الشيء ومزاياه دون انتقاص. ومن هنا جاء اتفاق كل منهما في الجزاء المقرر عند الإخلال بهما. وفيما وراء ذلك فإن هناك اختلافات تفصيلية، كاشتراط حسن نية المشتري في ضمان العيب وعدم اشتراطه في ضمان الاستحقاق الجزئي، وكجواز ضمان الاستحقاق في كل البيوع بما فيها البيع بالمزاد القضائي أو الإداري بينما تستثنى هذه البيوع الأخيرة من ضمان العيوب.

المطلب الثاني: أحكام الضمان

وهنا سنعرض لرابطة الالتزام بضمان العيب من حيث أطرافها، البائع والمشتري، ثم نبين بعد ذلك الرجوع بالضمان.

أولاً ـ رابطة الالتزام بضمان العيب:

ونجد أن الالتزام بضمان العيب يقع على البائع باعتباره مديناً به، ويكون للمشتري حقاً في هذا الضمان ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ البائع مدين بالالتزام بضمان العيب ـ قابلية الضمان للانقسام:

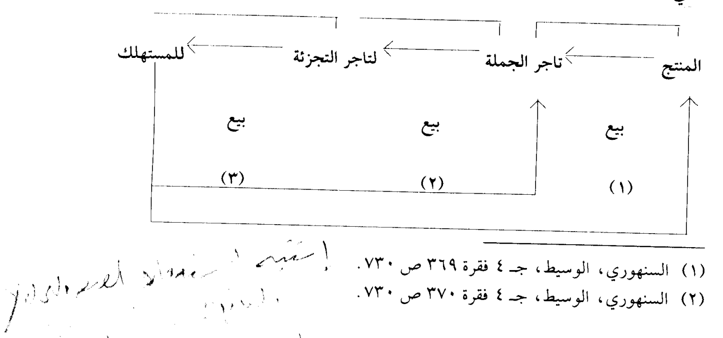
يقع على عاتق البائع التزام بضمان العيوب الخفية، وهذا الالتزام لا ينتقل إلى ورثته بل يبقى ديناً في التركة. فبعد وفاة البائع يرجع المشتري بضمان العيب الخفي على ورثة البائع باعتبارهم ممثلين لتركته لا بصفتهم الشخصية.

ودعوى ضمان العيوب الخفية بحسب مآلها تتمثل في مبلغ من التعويض وهو التزام محله مبلغ من العقود وبالتالي يكون قابلاً للانقسام. فإذا باع شخصان عيناً شائعة بينهما كان المشتري أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع[1].

٢ـ المشتري دائن في الالتزام بضمان العيب: قابلية الضمان للانقسام:

ويعتبر المشتري دائناً في الالتزام بضمان العيب. وهذا الحق ينتقل إلى ورثته عند وفاته. ولذلك يكون لهم الرجوع بضمان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم. وينقسم التعويض المستحق على سبيل الضمان عليهم بقدر نصيب كل منهم في العين المبيعة. لكن إذا اختار الورثة رد المبيع عند توافر شروط ذلك فإنه يجوز للبائع أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة حتى لا يرد عليه بعض الورثة جزء منها وبالتالي تتفرق عليه الصفقة[2].

وينتقل حق المشتري في ضمان العيب إلى خلفه الخاص. فلو أن المشتري باع العين المبيعة إلى مشتر ثان كان لهذا المشتري الثاني باعتباره خلف خاص للمشتري الأول في العين المبيعة أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع حيث أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ويستمر الحال على هذا المنوال عند تتابع البيوع وسنبين ذلك بالرسم التوضيحي الآتي:



(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٦٩ ص ٧٣٠.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٠ ص ٧٣٠.

٣- فالمستهلك له دعوى الضمان الناشئة عن عقد البيع (٣) يرجع بها على بائعه مباشرة. وممكن لبائعه أن يرجع بما دفعه على بائعه هو (٢) وهكذا. علاوة على ذلك فإن المستهلك وهو المشتري الأخير للسلعة له دعوى مباشرة على تاجر الجملة وعلى المنتج ولكن يشترط لهذا الرجوع المباشر شرطان:

(١)- أن تكون ما زالت مدة التقادم لم تنقض بعد وهي تحسب من قت تسلم تاجر الجملة المبيع من المنتج.

(٢)- أن يكون العيب موجود عند إبرام كل عقد من هذه العقود المتوالية حتى يكون المنتج وتاجر الجملة ضامنين هذا العيب للمستهلك.

وقد اختلف الفقه في تفسير انتقال دعوى الضمان المباشرة إلى الخلف الخاص للمشتري. فذهب البعض إلى أن ذلك يكون نتيجة لاشتراط لمصلحة الغير[١] ووجه التصنع في هذا الرأي واضح. وذهب البعض الآخر إلى أن ذلك نتيجة لحوالة حق ضمنية[٢] وهذا الرأي فيه تصنع أيضاً، علاوة على أنه لم تتبع أي من الإجراءات اللازمة للحوالة في هذا الشأن. وقد سبق أن قلنا أن هذه دعوى المباشرة، بالرغم من أنه لم يوجد أي نص صريح عليها، إلا أنه يمكن أن تعتبر من ملحقات الشيء المبيع[٣].

علاوة على ذلك يكون للمستهلك باعتباره دائناً بحق الضمان أن يرفع دعوى غير مباشرة باسم تاجر التجزئة على تاجر الجملة أو المنتج لكن في هذه الحالة سيتعرض لمزاحمة جميع دائني تاجر التجزئة. وتسري مدة تقادمها أيضاً من وقت أن تسلم تاجر الجملة المبيع من المنتج.

(ب)- ويمكن أيضاً أن يستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة، فيجوز له أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة. ولكن في هذه الحالة سيتعرض الدائن لمزاحمة جميع دائني المشتري.

(١) R. Savatier, Le prétendu principe de la rélativité du contrat, Rev. trim dr. civ. 1939. 525.

(٢) R. Rodière, note sous Aix, 5 oct. 1954 J.C.P. 55. II. 8548.

(٣) Aubry et Rau, t. II. 7 éd, 1961 par P. Esmein 176, no 169.

- ومما تجدر ملاحظته أنه عندما يسبب العيب في الشيء ضرراً للغير، شخص أجنبي تماماً على العقد، فإن مسؤولية المنتج لا يمكن أن تكون عقدية[1]، وإنما تكون تقصيرية[2].

لكن إذا كان المبيع من الأشياء الخطرة التي تحتاج إلى عناية خاصة، كأسطوانة غاز، أو آلة ميكانيكية فإن المحاكم الفرنسية تقرر أن المنتج يعتبر «حارساً للهيكل» gardien de la structure وبالتالي تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية عن الأشياء طبقاً للمادة ١٣٨٤/١ مدني فرنسي، وذلك إذا تم إثبات العيب[3].

ثانياً - الرجوع بالضمان:

إجراءات الرجوع:

تنص المادة ٤٤٩ مدني مصري على أنه «١ - إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع».

«٢ - أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب».

وتنص المادة ٤٥٠ مدني مصري على أنه «إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤».

---

(١) Civ. 1, 20 mars 1989 sté Thomson - brandt, Bull. I, no 137; D., 89. 381, note Ph. Malaurie. J. Huet, op. cit, no 11344 p. 278.

حيث أن المحكمة قضت بأن الأضرار التي أصابت الغير نتيجة الحريق الناشىء عن انفجار التليفزيون لا تدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

(٢) Req. 8 mars 1937, D.P. 38. I. 76, note R. Savatier S. 37. I. 241, rep. Pilon; Rev. crit. 38. 328, note J. Flour. J. Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices caché, Litec, 1987, no 94 et s.

(٣) Civ. 1,23 juin 1971, Bull. I, no 212; J.C.P. 71. II. 16881, 2e esp.

وبالنسبة للأشياء الخطرة أنظر

Civ. 1, 17 jan. 1995, Bull. I no 000, J.C.P. 95. IV. 702.

ويتضح من ذلك أنه يجب على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بدعوى الضمان التي يجب رفعها خلال مدة قصيرة. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

١ - إخطار البائع بالعيب:

هنا يجب أن يقوم المشتري بإخطار البائع في الوقت الملائم، وإلا سقط حقه في رفع دعوى الضمان. ولنعرض لهاتين النقطتين:

أ - الإخطار في الوقت الملائم:

والإخطار في الوقت الملائم يتوقف على الوقت الذي يكتشف فيه المشتري العيب. ولذلك يجب أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد.

وعلى ذلك إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عن طريق الفحص المعتاد خلال المهلة المعتادة وفقاً للمألوف في التعامل. وعلى ذلك لا يعتبر المشتري قابلاً للعيب بمجرد تسلمه الشيء المبيع وإنما يجب أن يترك المدة المعقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد. فمجرد تسلم المشتري للسيارة لا يعتبر قبولاً بالعيب الذي يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وإنما يجب أن يتمكن من تجربة السيارة خلال مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالتها. فإذا لم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد على النحو السابق، وسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة، وفقاً للمألوف في التعامل أيضاً، اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب يتضح من ذلك أن للمشتري مدتان:

١ - مدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل للتحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد.

٢ - ومدة معقولة وفقاً للمألوف في التعامل لإخطار البائع بما أسفر عنه الفحص المعتاد للمبيع. وتقدير معقولية أو عدم معقولية المدة متروك لتقدير قاضي الموضوع.

الفرض الثاني: إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد على النحو السابق بيانه فإن المشتري لا يعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيب لكن إذا تكشف له العيب بعد ذلك أو أن المشتري كشف العيب عن طريق فحص غير معتاد، وهو غير ملزم بذلك، فإن عليه أن يخطر به البائع بمجرد كشفه للعيب دون إبطاء وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب ويرى بعض الفقهاء أن التفرقة بين هذا الفرض والفرض السابق ليس لها ما يبررها ويجب التسليم بإن الإخطار يكون دائماً خلال المدة المعقولة[1].

وبطبيعة الحال لا يستطيع المشتري أن يتحقق من حالة المبيع إلا من وقت تسلمه له تسلماً فعلياً، أي من وقت الاستيلاء المادي على الشيء، لا التسليم الحكمي[2].

وهذا الإخطار لا يخضع لشكل خاص وإنما يمكن أن يتم بأية طريقة، كإنذار على يد محضر، بخطاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفوياً. ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[3].

ب - أثر عدم الإخطار في الوقت الملائم:

فإذا لم يتم الإخطار في الوقت الملائم على النحو السابق بيانه اعتبر المشتري قابلاً للمبيع بما فيه من عيب، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت وتسلم المشتري المبيع على النحو الذي سيأتي بيانه.

يتضح من ذلك أن دعوى الضمان تسقط لسببين:

١ - عدم إخطار البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء مدة التقادم.

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٩١ ص ٢٠٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ١٦٩ ص ٢٧٥ بالهامش، منصور مصطفى منصور، فقرة ٩١ ص ٢٠٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٣ ص ٧٣٧.

(٣) السنهوري المرجع السابق نفس الموضع.

ولكن إذا كان البائع سيء النية، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري غشاً منه[1]، فإن دعوى الضمان لا تسقط في هذه الحال، حتى ولو كان اشترط عدم الضمان لأن هذا الشرط يقع باطلاً في هذه الحالة (٤٥٣ مدني) كما أن دعوى الضمان لم تعد تخضع لمدة التقادم القصير (م ٤٥٢/ ٢ مدني).

٢ ـ انقضاء مدة سنة من وقت تسليم المبيع وقد وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه(م ٤٥٢/ ٢ مدني).

في القانون اللبناني: إبلاغ البائع بالعيب:

تنص المادة ٤٤٦ موجبات وعقود على أنه «إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات، وجب على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على إثر استلامه وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه» «وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بفحص عادي أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشيئة المشتري حالت دون النظر في حالة المبيع. وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على إثر اكتشافها وإلا عد المبيع مقبولاً. غير أنه لا يحق للبائع السيء النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير».

ويتضح من ذلك أن أحكام القانون اللبناني في مجملها تتفق مع أحكام القانون المصري وتختلف معه في بعض التفصيلات: فقد حدد المشرع اللبناني مدة للفحص والإخطار معاً وجعلها ٧ أيام. وعلى ذلك يجب على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على إثر استلامه وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه. فإذا لم يقم بإخبار البائع على

(١) وقد كان المشرع التمهيدي للتقنين المدني الحالي. يشتمل على نص يقرر هذا الحكم حيث أنه ينص على أنه «إذا تعمد البائع تضليل المشتري، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم» وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١١٦.
أنظر في ذلك نقض ١٤/ ٥/ ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض، س ١٣ ص ٨٠٨.

هذا النحو، فإن المبيع يعد مقبولاً. كما أن المشرع اللبناني حدد نطاق النص بالنسبة للمنقولات فقط من غير الحيوانات.

لكن إذا كان العيب لا يظهر بالفحص العادي فإنه ليس هناك تقيد بمهل معينة وإنما يجب على المشتري مع ذلك إخطار البائع بالعيب، بلا إبطاء، على أثر اكتشافه وإلا عد قابلاً للمبيع.

ويترتب على عدم الإبلاغ سقوط الحق في دعوى الضمان (م ٤٦٣ موجبات وعقود) ولكن لا يحتج بهذا الحكم إذا كان البائع سيء النية (٤٤٦ موجبات وعقود) ويبقى حق المشتري قائماً في رفع الدعوى في هذه الحالة بالرغم من عدم إبلاغ البائع. ويذهب القضاء أيضاً إلى أن المشتري لا يتقيد في هذه الحالة بميعاد سقوط الدعوى القصير المقرر[1].

علاوة على ما تقدم يجب على المشتري طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب حتى يكون لديه الدليل على وجوده، مما ييسر له السبيل عند الرجوع بالضمان (م ٤٤٧ موجبات وعقود).

وإذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع إليها التلف فإن القانون أعطى للمشتري الحق في طلب بيع البضاعة طبقاً لإجراءات معينة نص عليها القانون (م ٤٤٧ موجبات وعقود، وكذلك المادة ٤٤٨ من نفس القانون).

٢ - دعوى الضمان:

إذا أخطر المشتري البائع في الوقت الملائم كان له أن يرجع على البائع بدعوى ضمان العيب[2]، لكن ما مدى هذا الرجوع، وما أثر هلاك المبيع عليه،

(١) محكمة التمييز الغرفة المدنية الأولى، قرار ٤٥ في ٣٠ آذار ١٩٦٧، مجلة العدل الصادرة عن نقابة محامي بيروت، العدد الأول، تشرين أول ١٩٦٧ تحت رقم ٨٥ ص ٩٨ اجتهادات وانظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ٢٢٤ ص ٥٠٨ وما بعدها.

(٢) هذا الرجوع لا يحول دون أن يطلب المشتري ـ طبقاً للقواعد العامة، التنفيذ العيني إذا كان ممكناً ويكون في صورة إصلاح العيب أو الحصول على شيء سليم على نفقة البائع، كما له أيضاً أن يطلب فسخ العقد إذا توافرت شروطه طبقاً للقواعد العامة. أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٢ ص ٢٠٥ هامش ١. أنظر نقض ١٩٦٢/٥/١٤ =

وأخيراً متى يسقط حق المشتري في الرجوع؟ هذه هي النقاط الواجب دراستها بصدد دعوى الضمان. ولنعرض لها بالتفصيل في الفقرات التالية:

أ ـ ما يرجع به المشتري على البائع:

تنص المادة ٤٥٠ مدني مصري على «... أن له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤».

ويقصد المشرع بالإحالة إلى المادة ٤٤٤ مدني أن التعويضات المستحقة في حالة ضمان العيوب الخفية هي ذاتها المستحقة في حالة ضمان الاستحقاق الجزئي. وبذلك يكون المشرع قد وحد ما يرجع به المشتري البائع في الحالتين[1]. والسبب في ذلك أن كل من الضمانين يستجيبا إلى فلسفة واحدة هي ضمان تمتع المشتري بكل مزايا ومنافع الشيء المبيع دون انتقاص. كما أن الأثر الذي ينشأ عن كل منهما لم يترتب عليه ضياع المبيع كله، وإنما اقتصر على ضياع جزء منه أو نقص في قيمته أو منفعته بحسب ما هو مستفاد من الغاية منه. لكن إذا ما بلغت هذه الخسارة حداً من الجسامة لو كان يعلم المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء فإنهما يأخذا حكم الاستحقاق الكلي.

وعلى ضوء ذلك يجب أن نفرق بين فرضين:

= مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٨٠٨، ٢٠/٨/ ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٥٥٢.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد «أما المشروع فلم ير داعياً لتعدد أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة. فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق. ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضي به القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيماً، فلا يكون للمشتري إلا التعويض. ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب، أو حسن النية لا يعلم به. ففي الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع» مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٢٤.

الفرض الأول: إذا كان العيب جسيماً، بمعنى أن تكون خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد وعندئذ يكون المشتري مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاد منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي، وبين إستبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب[1].

فإذا اختار المشتري رد المبيع المعيب إلى البائع، فإنه يجب أن يرد المبيع بما فيه من عيب ويرد ما أفاده من ثمار من وقت البيع ويأخذ المشتري من البائع في مقابل ذلك ما يلي:

١ ـ قيمة المبيع غير معيب وقت البيع، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع.

٢ ـ لا محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية التي تحصل عليها على قيمة المبيع تقابل هذه الثمار.

٣ ـ المصروفات الضرورية، حيث كان في ضمان الاستحقاق يرجع بها على المستحق.

٤ ـ المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على المبيع، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه إلى المشتري.

٥ ـ جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفي.

٦ ـ وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب. والتعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وقت البيع لكن إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب فإن التعويض يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع وذلك طبقاً للقواعد العامة. وحسن نية البائع مفترض حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية. لكن يذهب القضاء الفرنسي إلى إن الأصل أن كل منتج أو بائع مهني يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم بالعيوب الموجودة بالشيء المبيع، وبذلك يكون قد

---

(١) نقض ٢٦/١/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٣٦٤.

شبيههما بالبائع سيء النية[1].

الفرض الثاني: إذا كان العيب غير جسيم، أي أن الخسارة لم تبلغ إلى الحد السابق، فلا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب وفقاً للقواعد العامة مع ملاحظة أن البائع سيء النية يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر غير المتوقع.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن التعويض لا يشمل إصلاح الضرر الذي سببه العيب في الشيء فحسب وإنما يشمل أيضاً الأضرار التي سببها الشيء ذاته وهذه الأخيرة غالباً ما تكون أكبر بكثير من الأضرار الأخرى[2]. وعندما يسبب الشيء ضرراً للغير فإن الأمر يتعلق بمسؤولية تقصيرية عن فعل الشيء[3].

كما أن القضاء الفرنسي يذهب، بالنسبة للعيوب التي لا يمكن اكتشافها، إلى أن الصانع أو المنتج عليه التزام باستبعاد العيوب التي تلحق بالشيء المبيع وأنه لا يستطيع نفي هذا الالتزام بإثبات حسن نيته بإثباته، مثلاً، عدم ارتكابه لأي خطأ، أو بجهله بالعيب، لأن هذا العيب لا يمكن اكتشافه حتى بعد فحص دقيق للشيء المبيع[4]. وهذه مسؤولية موضوعية، مستقلة عن كل خطأ، قد أدت إلى توسيع نطاق ضمان العيوب الخفية بشكل ملحوظ.

والقضاء يشترط، كما هو الشأن بالنسبة لكل مسؤولية تقصيرية بدون خطأ، إثبات رابطة السببية بين العيب والضرر[5] وهذا ما يأخذ به التوجيه الأوروبي أيضاً بصدد المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة[6].

وهذا الالتزام يمثل التزاماً بالأمان Une obligation de sécurité[7].

(١) Civ. 1, 19 janv 1965, Bull. I, no 52, D. 65. 389. J. Huet, op.cit, no 11376, p. 299.

(٢) J. Huet, Responsabilité, no 6.

(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 411 p. 255.

(٤) Com. 27 avr. 1971, Bull. IV, no 117, J.C.P. 72. II. 17280, J. Huet contrats, op.cit, no 11331, p. 287.

(٥) Civ. 1, 26 janv. 1960, Bull. I, no 66, com. 15 mars 1976, Bull. IV, no 99, J.C.P. 77, II. 18632, note J. Ghestin; civ. 1, 20 mars 1989, Bull. I, no 137, D. 89, 381 note Ph. Malaurie.

(٦) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 414 p. 256.

(٧) Ibid, no 415.

في القانون اللبناني[1]:

إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيب فيه وإما لخلوة من بعض الصفات، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن. كما يحق له أن يطالب بتعويض في حالات معينة (م ٤٤٩ موجبات وعقود). وللوقوف على ما يلتزم به كل من المشتري والبائع في حالة الرجوع بالضمان يجب أن نميز بين حالة الفسخ الكلي والفسخ بالنسبة للقسم المتعيب.

ـ الفرض الأول: الفسخ الكلي:

وهذا الفرض يفترض توافر شروط الرد للعيب أو تخلف الصفات الموعود بوجودها في المبيع، وأن البيع يرد على شيء واحد غير قابل للانقسام أو وارد على أشياء متعددة لا تقبل التفرق. وقد خول القانون في هذه الحالة طلب فسخ البيع وإعادة الثمن. ولذلك يجب أن نبين آثار الفسخ من حيث ما يترتب عليه من التزامات على كل من المشتري والبائع (م ٤٥٤ موجبات وعقود).

ـ التزامات المشتري:

يجب على المشتري في حالة فسخ البيع أن يرد:

ـ الشيء المعيب ذاته كما استلمه مع ما تبعه وما يعد جزء منه وما التحق به بعد إبرام العقد. وعلى ذلك:

ـ إذا استحال عليه الرد لأي سبب فلا يكون له طلب الفسخ بسبب العيب.

ـ كما أنه إذا تغيرت حالة المبيع منذ أن تسلمه المشتري امتنع عليه الرد كما لو حوله إلى شكل لم يبقَ معه صالحاً لما أعد له في الأصل (أنظر مادة ٣٢/٤٥٥ موجبات وعقود). وإذا لم يستطع المشتري تخليص العقار المبيع مما تقرر عليه من حقوق عينية، قبل علمه بالعيب، وقبل الرد فلا يكون له طلب الفسخ للعيب، بل يكون له فقط تخفيض الثمن. ويلاحظ أن الحقوق العينية التي يقررها للغير بعد

(١) أنظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ٢٢٧ وما بعدها ص ٥١٦ وما بعدها.

العلم بالعيب تفيد تنازل المشتري ضمنياً عن طلب الفسخ ورد المبيع (م ٤٦٢/٢ موجبات وعقود).

- على المشتري أن يرد الشيء المعيب ذاته كما استلمه بكل أجزاءه ومع توابعه التي كانت موجودة معه وقت البيع علاوة على ما يلتحق به بعد إبرام البيع إلى حين الرد.

٢) الثمار: يجب على المشتري أن يرد ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضي أو الحكم، وكذلك ثماره التي جناها قبل الفسخ وهي تقابل فوائد الثمن الذي يلتزم البائع برده.

ب - إلتزامات البائع:

في مقابل ذلك يلتزم البائع أن يرد إلى المشتري مبالغ معينة يختلف نطاقها بحسب ما إذا كان البائع حسن النية أم سيء النية:

● **التزامات البائع حسن النية:**

يلتزم البائع حسن النية برد ما يلي:

١ - الثمن وهذا التزام ثابت على البائع في جميع الأحوال لأنه يقابل التزام المشتري برد الشيء المعيب كما يجب عليه دفع الفوائد القانونية للثمن منذ القبض وإلى حين رده.

٢ - نفقات العقد القانونية وتشمل هذه النفقات مصاريف العقد والتمغة والسمسرة، ومصاريف التوثيق والتسجيل وغير ذلك من المصاريف اللازمة لإبرام العقد وتنفيذه.

٣ - نفقات الزرع والري والصيانة، ونفقات الثمار التي ردها المشتري إليه

● **التزامات البائع سيء النية:**

يلتزم البائع سيء النية بكل البنود السابق بيانها علاوة على التزامه بالتعويض (م ٤٤٩، ٤٥٤ موجبات وعقود) وذلك في الحالات الآتية:

١) عندما يكون البائع عالماً بعيوب المبيع أو بعدم اتصافه بالصفات التي

وعد بها، ولم يصرح بأنه بدون ضمان.

٢ - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد المبيع، أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية.

٣ - إذا كان وجود الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة، أو كان العرف التجاري يوجب وجودها. (م ٤٤٩ موجبات وعقود).

- ويفترض القانون اللبناني، على خلاف الأصل، سوء نية التاجر والصانع الذي يبيع منتجات صناعية (م ٤٤٩ موجبات وعقود في نهايتها).

- ويشمل هذا التعويض كل ما حاق بالمشتري من أضرار تنشأ له من جراء المبيع المعيب. فيعوض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب. ويشمل التعويض الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع وذلك طبقاً للقواعد العامة. وسبق أن رأينا ما يذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي في هذا الصدد.

- لكن لاأثر لسوء نية البائع على مواعيد رفع دعوى الضمان، حيث يلتزم المشتري بالرجوع بالتعويض على البائع في خلال هذه المواعيد.

الفرض الثاني: الفسخ بالنسبة للقسم المتعيب:

وهذا يفترض أن المبيع يكون شيئاً أو أشياء يمكن تجزئتها دون ضرر، ودون المساس بالعرض الذي أعد له المبيع.

- تعداد لهذه الحالات:

١ - إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراة جملة بثمن واحد، حق للمشتري، حتى بعد الاستلام، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الأشياء، وأن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له (٤٥١ موجبات وعقود) وعلى ذلك إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر، كأن تكون أزواجاً (م ٤٥١ موجبات وعقود) أو إذا كان البيع منعقداً على مجموعة أشياء معينة وكان قسم منها متعيباً (م ٤٥٠ موجبات وعقود) فإنه في هذه الحالة يكون للمشتري أن يطلب فسخ البيع كله وإعادة الثمن.

٢ - إذا كان البيع وارداً على شيء أصلي وفروعه أو توابعه، فإن الفسخ لسبب عيب في الأصل يتناول فروعه أيضاً وإن كان ثمن الفروع معيناً على حدة، ولكن إذا كان العيب في الفرع أو الملحقات أو التوابع دون الأصل فإن هذا العيب لا يؤدي إلى فسخ البيع بالنسبة للأصل (م ٤٥٢ موجبات وعقود).

٣ - ما يرجع به المشتري على البائع:

إذا لحق العيب جزءاً من المبيع، في الحالات السابقة، فإنه يكون للمشتري أن يسترد جزءاً مناسباً من الثمن يتفق مع قدر ما نقص من قيمة المبيع بسبب العيب.

ويتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو في حالة السلامة وقت العقد من جهة، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة، أي بعدما لحق العيب بجزء منه، من جهة أخرى (م ٤٥٣ موجبات وعقود) ويكون للمشتري أن يسترد الفارق بين قيمة المبيع في الحالتين.

وإذا كان البيع منعقداً على عدة أشياء مشتراة صفقة واحدة، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها الصفقة وهي في حالة السلامة وقت العقد، ثم بتقدير قيمتها في حالتها الحاضرة، أي بعدما لحق العيب بجزء منها أو في بعض وحداتها، ويكون للمشتري أن يسترد الفارق بين القيمتين. وهذا نص مكمل يجوز الاتفاق على خلافه. كما أن التقدير في جميع هذه الحالات يتم عن طريق أهل الخبرة عند عدم الاتفاق عليه.

وإذا كان البائع سيء النية فإن المشتري له، علاوة على ما تقدم، المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار نتيجة العيب الذي لحق بجزء أو ببعض وحدات المبيع. والتعويض يشمل الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع.

كل ما تقدم لا يحول دون طلب المشتري إلى البائع إصلاح العيب متى كان ذلك ممكناً ودون أن يكلف البائع نفقات باهظة، وأن يتم في مدة معقولة وإلا كان للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان على النحو السابق.

وإذا كان التنفيذ العيني ما زال ممكناً فإن للمشتري أن يقتضيه من البائع وعلى

ذلك نصت المادة ٢/٤٥٠ موجبات وعقود على أنه «إذا كان المبيع من المثليات فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب» ودون إخلال بحقه في هذه الحالة في المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضي (م ٢/٤٥٠ موجبات وعقود) والتعويض هنا لا يكون بالطبع عن عدم التنفيذ وإنما قد يكون عن التأخير في التنفيذ العيني أو أي ضرر آخر نجم عن وجود العيب في المبيع.

- **وهناك حالات أخرى لا يكون فيها للمشتري إلا تخفيض الثمن:**

تنص المادة ٤٥٧ موجبات وعقود على أنه «لا سبيل لفسخ البيع، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن:

١ - إذا تعيب المبيع بخطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم.

٢ - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته.

ويسري هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه بالعيب أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق أحكام المادة ٤٦٢» وهذه المادة تقضي بسقوط حق المشتري في دعوى الرد.

وهذا النص يفترض أن المشتري قد اشترى شيئاً معيباً ثم حدث بالمبيع عيب جديد بخطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم، أو أنه استعمله استعمالاً أدى إلى نقص كبير في قيمته ولكن قبل علمه بالعيب في هذه الحالات يمتنع على المشتري رد المبيع بسبب العيب القديم الذي كان فيه وقت البيع وإنما يقتصر حقه فقط على تخفيض الثمن، وإذا ظهر عيب آخر بعد ذلك فإنه يكون له الحق في طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن.

ب - أثر هلاك المبيع على دعوى الضمان:

تنص المادة ٤٥١ مدني مصري على أنه «تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان».

هذا النص يقوم على فرضية معينة وهي أن المبيع المعيب قد هلك بقوة قاهرة بعد أن تسلمه المشتري، لأنه لو كان الهلاك قد تم قبل التسليم فإن تبعة الهلاك في

هذه الحالة ستقع على البائع وبالتالي لا مجال لضمان العيب.

ويستفاد من هذا النص أن الهلاك لا يؤثر في دعوى الضمان لكن إذا كان هناك تأثير لهذا الهلاك فإنه سيتركز على ما يرجع به المشتري على البائع. وما يرجع به المشتري على البائع سيختلف بطبيعة الحال باختلاف سبب الهلاك وجسامة العيب.

- إذا كان الهلاك بقوة قاهرة للمبيع المعيب بعيب غير جسيم فإن دعوى الضمان تبقى مع ذلك ويستطيع المشتري أن يرجع على البائع بما كان يستطيع أن يرجع به في حالة استبقاء المبيع على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك تقدر الأضرار التي لحقت المشتري بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار لأنه لا يتحمل نتائج القوة القاهرة[1] ويسري نفس هذا الحكم إذا كان الهلاك بفعل المشتري حيث أنه لا يجب أن يستفيد البائع من هلاك المبيع فيبقى للمشتري على كل حال أن يرجع على البائع كما لو كان المبيع لم يهلك واستبقاه.

- أما إذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي، وكان العيب جسيماً إلى حد كان يسوغ للمشتري رد المبيع، ففي هذه الحالة تبقى دعوى الضمان بالرغم من هذا الهلاك ويستطيع المشتري أن يرجع على البائع بما كان يستطيع أن يرجع به في حالة رد المبيع، أي بالتعويض الكامل على النحو الذي يرجع به في حالة الاستحقاق الكلي، ولا يكون عليه الرد في هذه الحالة إذ الفرض أن المبيع قد هلك، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع[2]. ويسري نفس هذا الحكم إذا كان الهلاك بفعل البائع.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٥٥ موجبات وعقود على أنه «لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع في الأحوال الآتية:

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٣ ص ٢٠٧.

(٢) أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٥ ص ٧٤٤.

(١) إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسؤول عنهم.

(٢) إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري.

(٣) إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبقَ معه صالحاً لما أعد له في الأصل».

وهذه الحالات يجمع بينها أنه لا يستطيع المشتري أن يرد المبيع، أو على الأقل لا يستطيع أن يرده بحالته التي كان عليها وقت أن تسلمه.

والحالتان الأخيرتان لا يوجد بصددها صعوبات كثيرة ولذلك يمكن أن نعرض لهما في عجالة قصيرة.

- بالنسبة لحالة سرقة المبيع أو انتزاعه من المشتري، فإنه لا محل لضمان البائع في هذه الحالة لأن المبيع كان تحت يد المشتري وربما أن سرقته أو انتزاعه يرجع إلى تقصيره أو إهماله. كما أنه إذا كان بالمبيع عيباً يريد أن يرجع به المشتري على البائع سيتعذر في هذه الحالة التحقق مما يدعيه المشتري من عيب خفي في المبيع.

- وبالنسبة لحالة تحول المبيع إلى شكل آخر، فإنه يتعذر في هذه الحالة الرد خاصة وأن تحويل المشتري للمبيع إلى شكل آخر جعله غير صالح لما أعد له في الأصل. وعلى ذلك يلزم أن يكون هذا التحويل بفعل المشتري، وأن يكون هذا التحويل قد أدى إلى أن الشيء لم يعد صالحاً لما أعد له في الأصل. وعند تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما فإنه يكون للمشتري رد المبيع واسترداد الثمن والنفقات على النحو الذي بيناه.

والعلة في أن المشتري لا يجوز له استرداد شيء ولا خفض الثمن في هذه الحالة هي استحالة رد المبيع بحالته إلى صعوبة التحقق من حالة المبيع التي كان عليها عند العقد.

- بالنسبة لهلاك المبيع: فإن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل حيث إن هلاك المبيع قد يكون على عاتق المشتري، وقد يكون على عاتق البائع بحسب الظروف والأحوال. ولنرَ ذلك.

- **الهلاك الذي يقع على المشتري**: إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسؤول عنهم (م ٤٥٥/ ١ موجبات وعقود).

هذا الحكم يتفق مع القواعد العامة في تبعة الهلاك في القانون اللبناني والفرنسي[١] حيث إن تبعة الهلاك تقع على المالك. كما أن القواعد العامة تبرر تحمل المشتري تبعة الهلاك إذا كان هلاك المبيع يرجع إلى خطئه أو خطأ الأشخاص المسؤول عنهم[٢] ويترتب على ذلك أنه لا يحق للمشتري استرداد شيء من البائع ولا حتى خفض الثمن.

هذا الحكم رغم اتفاقه مع القواعد العامة إلا أنه لا يتفق مع العدالة. هذا الحكم في القواعد العامة يقوم على فرضية معينة وهي أن المبيع سليم ليست به عيوب خفية قبل الهلاك بحيث لا تثار فكرة ضمان البائع للعيب، لكن الفرض الذي تناولته هذه القاعدة يختلف عن ذلك حيث أنه يقع على البائع، قبل الهلاك، التزام خاص بضمان العيب ولذلك العدالة كانت تقتضي أن يبقى للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان بقيمة ما كان ينقصه العيب في مقدار ما دفعه من ثمن للمبيع وبالتالي لا يحصل البائع إلا على قيمة المبيع معيباً حتى لا يثرى على حساب المشتري الذي يدفع ثمن المبيع خالياً من العيوب.

ويذهب الفقه، في فرنسا، إلى القول بأنه بالرغم أن القانون لم يأخذ بما تقضي به العدالة في هذا المجال إلا أن حكم القانون يتفق والاعتبارات العملية حيث أنه يصعب، خاصة بعد أن هلك المبيع، معرفة ما إذا كان العيب سابقاً أم لاحقاً[٣].

لكن إذا وقع الهلاك بقوة قاهرة أثناء قيام دعوى الضمان، فإنه يكون للمشتري أن يستمر فيها ويحكم له إذا كان محقاً في دعواه. وهذا يتفق مع مبادىء

(١) J. Huet, contrats, op.cit, no 1136, p. 287.

(٢) Ibid, note 623.

(٣) ولذلك يذهب الفقه إلى أنه يجب استثناء الحالة التي لا تكون فيها الملكية قد انتقلت إلى المشتري، وبصفة خاصة في حالة تضمن العقد شرط الاحتفاظ بالملكية المقرر لصالح البائع، ما لم يكن قد تم مواجهة انتقال تبعة الهلاك بصفة خاصة. أنظر

J. Huet, contrats 10, p. cit, no 11360 p. 287.

قانون أصول المحاكمات حيث أن العبرة بمراكز الخصوم هو وقت رفع الدعوى.

- **الهلاك الذي يقع على البائع**: إذا هلك المبيع بسبب العيب الذي كان مصاباً به، كما لو كان أساس المنزل واهياً فتهدم، أو بسبب قوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب، كزلزال يؤدي إلى تهدم منزل فيه عيب في أساسه، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن والنفقات السابق بيانها، بل ويكون للمشتري أن يطالب بتعويض علاوة على ذلك إذا كان البائع سيء النية. ولكن في مقابل ذلك يجب على المشتري أن يرد له ما بقي من المبيع، أي الأرض والأنقاض في مثلنا السابق.

جـ - تقادم دعوى الضمان:

تنص المادة ٤٥٢ مدني مصري على أنه «١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول».

«٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه».

تقوم فلسفة دعوى ضمان العيب على سرعة حسم النزاع وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات. ولذلك اقتضى المشرع من المشتري أن يبادر بإخطار البائع بالعيب الذي كشفه أو تكشف له بعد ذلك بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل وخلال مدة معقولة، على النحو السابق بيانه، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب.

وفي نفس الإطار قد جعل المشرع مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة تبدأ من وقت التسليم ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، وجعل إطالة هذه المدة متوقفاً على قبول البائع وهذا أمر يصعب تحققه من الناحية العملية حيث إن البائع غالباً ما يكون في مركز اقتصادي أقوى وبالتالي المشتري لا يستطيع أن يفرض عليه قبول مثل هذا الشرط، ولذلك كنا نفضل، من وجهة نظر العدالة، أن يجعل المشرع مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المشتري للعيب لا من وقت التسليم وذلك طبقاً للمبدأ «أن مدة تقادم الدعوى لا تبدأ إلا من وقت أن ينشأ الحق فيها» «Action non natae non curru» والحق لا ينشأ في دعوى

ضمان العيب إلا من وقت اكتشافه على النحو المبين بصدد إخطار المشتري للبائع. وعلي هذا النحو تتجلي أهمية الإخطار في أنه على البائع اتخاذ ما يلزم لرفع الضرر عن المشتري بسبب العيب الخفي وإلا تعرض للرجوع عليه بمقتضى دعوى الضمان، وبالتالي تتكامل الإجراءات في إطار تحقيق فلسفة دعوى ضمان العيب وهي حماية المشتري. وفي نفس الوقت ليس هناك ما يمنع مراعاة جانب البائع بتحديد مدد قصيرة لكل من الإخطار ودعوى الضمان، والذي سينعكس بالحتم في النهاية على استقرار المعاملات.

ـ مدة تقاوم دعوى ضمان العيب سنة من وقت التسليم:

وهذه المدة تعتبر مدة تقادم وبالتالي يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة في قطع مدد التقادم. وهذه المدة لا توقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ولو لم يكن له نائب يمثله قانوناً، لأن هذه المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٣٨٢/٢ مدني). ولكن هذه المدة توقف إذا وجد سبب للوقف غير ذلك (م ٣٨٢/١ مدني).

ـ إطالة هذه المدة:

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة لأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (م ٣٨٨/١ مدني)[١] وقد استثنى المشرع من هذه القاعدة إطالة مدة التقادم طبقاً للعبارة الأخيرة في المادة ٤٥٢/١ مدني حيث تنص «... ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول» وبالتالي يمكن أن تزيد مدة التقادم عن سنة بالاتفاق.

ـ هذه المدة القصيرة لا تسري إذا كان البائع تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٥٢/٢ مدني) وتكون مدة التقادم عندئذ خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم[٢] ويلاحظ أنه لا يكفي مجرد علم البائع بالعيب.

(١) نقض ١٩٨٨/٦/٥ الطعن رقم ١٤٧٠ سنة ٥٥ ق، وقد قضت المحكمة بأن إقرار المشتري بأنه عاين المبيع عند تسلم المعاينة النافية للجهالة لا يمنعه من طلب الفسخ للعيب الخفي».

(٢) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٣٤٥.

في القانون اللبناني[1]:

عدد المشرع اللبناني الحالات التي تسقط فيها دعوى رد المبيع لعيب ما أو لا يكون فيها وجه لهذه الدعوى في المواد ٤٥٩ ـ ٤٦٤ موجبات وعقود. وهذه الحالات تشمل، زوال العيب (م ٤٥٩)، وعدم مسؤولية البائع عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها (م ٤٦٠)، وعدم مسؤولية البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة إذا صرح بها أو التي اشترط أنه لا يضمُها (م ٤٦١)، كما بين سقوط الحق في دعوى الرد بالنزول عنها صراحة أو ضمناً (م ٤٦٢)، كما أن القانون استلزم إقامة الدعوى خلال مدد معينة وإلا سقط الحق في إقامتها (م ٤٦٣) وقرر أنه لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية (م ٤٦٤).

وقد سبق أن رأينا أنه لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا لم يستطع رد المبيع في الحالات التي ذكرتها المادة ٤٥٥ موجبات وعقود، كما أنه إذا لم يقم المشتري بإبلاغ البائع بالعيب في المدة المحددة أو على إثر اكتشافه طبقاً لنص المادة ٤٤٦ موجبات فإنه يسقط حق المشتري في رفع دعوى الضمان.

ومعظم الحالات السابقة تم التعرض لها من قبل ولذلك سنقتصر على الحالات التي لم يسبق دراستها. وهذه الحالات نعرض لها في الفقرات التالية:

ـ حالات سقوط دعوى الضمان:

تسقط دعوى الضمان في الحالات الآتية:

١ ـ زوال العيب: تنص المادة ٤٥٩ موجبات وعقود على أن «تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائهما وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية. ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب قابل بطبيعته للرجوع».

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ٢٥٤ وما بعدها ص ٥٥٩ وما بعدها.

٢ ـ النزول الصريح أو الضمني:

تنص المادة ٤٦٢ موجبات وعقود على أنه «يسقط حق المشتري في دعوى الرد:

١ ـ إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب البيع.

٢ ـ إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكاً. هذا يعد من قبيل النزول الضمني عن حقه في دعوى الرد.

٣ ـ إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب. وهذا أيضاً يعد من قبيل النزول الضمني عن حقه في الرجوع بالضمان عن هذا العيب الذي علم به، ولكن المشرع قد استثنى من ذلك حالة البيوت والمسقفات الأخرى المماثلة حيث قرر أنه يمكن الاستمرار على سكناها أو استعمالها في مدة المداعاة بفسخ البيع دون أن يعني ذلك النزول الضمني عن الحق في الضمان».

٣ ـ انقضاء المدة التي يجب إقامة الدعوى خلالها:

تنص المادة ٤٦٣ موجبات وعقود على أن «الدعوى الناشئة عن وجود عيوب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها:

١ ـ تقام من أجل الأموال الثابتة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم.

٢ ـ وتقام من أجل المنقولات والحيوانات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المنصوص عليه في المادة ٤٤٦.

وهاتان المهلتان يمكن تمديدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين».

ـ طبيعة المدة ـ مدة سقوط:

وهذه مدد قصيرة لدعوى الضمان ولذا قرر المشرع صراحة أنها مدد سقوط وليست مدد تقادم.

ويترتب على ذلك أن هذه المدد لا تخضع للوقف والانقطاع. وهذه المدد خاصة بدعوى الضمان وبالتالي لا مانع من أن يظل الباب مفتوحاً لدعوى أخرى طبقاً للقواعد العامة. وفي مدد السقوط يجب على القاضي أن يراعي ميعاد السقوط من تلقاء نفسه. كما أنه لا يتخلف عن سقوط الحق في دعوى الضمان أي التزام طبيعي.

- هذه المدد لا تنطبق في حالة غش البائع أو سوء نيته، حيث يحق للمشتري الرجوع عليه خلال مدة مرور الزمن العادية، ويعتبر البائع سيء النية إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعية (م ٤٤٩/ ١ موجبات وعقود)[1].

المبحث الثاني: الضمان الاتفاقي

- يجوز تعديل أحكام الضمان القانوني باتفاق خاص:

تنص المادة ٤٥٣ مدني مصري على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

وتنص المادة ٤٥٥ مدني على أنه «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره».

وعلى ضوء هذه النصوص ينبغي أن نعرض لصور تعديل أحكام الضمان القانوني، ثم نبين أحكام ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة.

---

(١) وانظر في القضاء الفرنسي

Civ. 1, 19 janv 1965, affaire du pain de pont, saint Esprit, Bull. I, no 52, D. 65. 389, J. Huet, contrats, op.cit, no 11376, p. 299 Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 411 p. 254.

أولاً ـ صور تعديل أحكام الضمان القانوني:

أحكام ضمان العيب الخفي لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها. وهذا التعديل قد يكون بزيادة ضمان العيب الخفي، أو إنقاصه، أو إسقاطه.

١ ـ الاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية:

هذا الاتفاق بزيادة ضمان العيوب الخفية قد يتناول شروط الضمان، أو يتناول مقدار التعويض، أو إجراءات الرجوع.

ـ فقد يتفق على أن يضمن البائع كل عيب في المبيع ولو كان ظاهراً، أو أن يضمن العيب أياً كانت درجة جسامته ولو كان مما جرى العرف على التسامح فيه.

ـ وقد يتفق على أنه في حالة العيب غير الجسيم يكون للمشتري الحق في رد المبيع إلى البائع والحصول على التعويض الكامل كما لو كنا بصدد استحقاق كلي، أو على أن يلتزم البائع بالمصروفات الكمالية ولو كان حسن النية، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن.

ـ وقد يتفق على أن تكون مدة إخطار المشتري للبائع بالعيب أطول من المدة المعقولة، أو على أن تكون مدة التقادم أطول من سنه طبقاً لما رخصت به المادة ١/٤٥٢ مدني مصري.

٢ ـ الاتفاق على إنقاص الضمان:

وبالمثل قد يتناول إنقاص الضمان شروط الضمان، أو مقدار التعويض، أو إجراءات الرجوع.

ـ فقد يتفق على ألا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة في المبيع في وقت معين قبل انعقاد العقد، أو على ألا يضمن إلا عيب معين بالذات، أو على درجة معينة من الجسامة.

ـ وقد يتفق على أن يقتصر حق المشتري على التعويض مع استبقاء المبيع ولو كان العيب جسيماً، أو على ألا يلتزم البائع إلا بالمصروفات الضرورية فقط، أو

على ألا يرد البائع للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن.

ـ وقد يتفق على سقوط حق المشتري في الرجوع بالضمان إذا لم يخطر البائع في مدة معينة تقل عن المدة المعقولة، لكن لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم عن سنه طبقاً للقواعد العامة حيث لم يأتِ نص صريح يجيز ذلك كما فعل المشرع بالنسبة لإطالة المدة.

٣ ـ الاتفاق على إسقاط الضمان:

قد يتفق على أن البائع لا يضمن أي عيب يظهر في المبيع. وهذا الشرط صحيح حتى لو كان البائع يعلم بوجود عيوب معينة في المبيع ولكن لم يتعمد إخفاءها عن المشتري. ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار، وهذا يؤخذ في الاعتبار عند تقدير الثمن.

ـ يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه:

وعلة ذلك أن البائع يكون قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهذا لا يجوز[1]. ويلاحظ أنه لا يكفي لبطلان الشرط مجرد علم البائع بوجود العيب. كما أن نطاق البطلان ينحصر في العيب الذي تعمد البائع إخفاءه غشاً دون العيوب الأخرى التي قد تظهر ولم يتعمد البائع إخفاءها إذ يبقى الشرط صحيحاً بالنسبة لها.

في القانون اللبناني:

لم يفرد المشرع اللبناني نصاً خاصاً يجيز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل الضمان. ولكن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً طبقاً للقواعد العامة، خاصة وأن قواعد الضمان القانوني للعيوب الخفية تعتبر قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين. علاوة على ذلك أن المشرع اللبناني قد تعرض في بعض النصوص لإمكان تعديل أحكام الضمان باتفاق الطرفين. فالمادة ٤٦١/٢ موجبات وعقود تنص على أن «لا يسأل

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٧٩ ص ٧٥٨، أنور سلطان، فقرة ٣٨٦ ص ٢٣٠ حيث يرى أنه يرقى إلى مرتبة الغش أن يكون العيب ناشئاً عن فعل البائع.

البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة: ٢ ـ إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً» وتنص المادة ٤٦٣ موجبات وعقود في فقرتها الأخيرة على أن «هاتان المهلتان يمكن تمديدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين».

ومن ذلك يتضح أن أحكام القانون اللبناني لا تختلف في جملتها عن أحكام القانون المصري فيما عدا أن المادة ٤٦٣ موجبات وعقود تسمح بتقصير وإطالة مدة السقوط بينما القانون المصري لا يسمح إلا بإطالة مدة التقادم دون إنقاصها.

وطبقاً للقواعد العامة في القانون اللبناني يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع احتيالاً منه (م ١٣٨ موجبات وعقود) ويفترض علم البائع إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته (م ٤٤٩ موجبات وعقود).

ثانياً ـ ضمان صلاحية المبيع مدة معينة:

وقد تضمنت المادة ٤٥٥ مدني مصري هذا الحكم على النحو السابق بيانه. وهذا النص يتعلق بالأشياء التقنية الحديثة، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والغسالات والثلاجات والتليفزيونات والفيديوهات وأجهزة الكمبيوتر وآلات التصوير والفاكس والتلكس وغير ذلك من أجهزة حديثة، حيث أنه قد يشترط المشتري على البائع بشأنها أن يضمن له صلاحيتها للعمل مدة معينة، سنه سنتين أو نحو ذلك، حيث أن هذه الأشياء ذات تقنية عالية ومعقدة وأي خلل فيها يؤدي إلى جعل الشيء غير صالح للعمل.

وهذا الحكم لا يقف عند مجرد خلو المبيع من العيوب، وإنما يمتد ليشمل صلاحية المبيع للعمل بغض النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن كذلك[١].

وهذا الشرط مألوف في التعامل وهو صحيح ويترتب على وجوده أن البائع يضمن أي خلل يطرأ على المبيع، حتى ولو لم يكن هذا عيباً، يكون من شأنه أن

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٦ص ٢١١ حيث يرى أن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة لا تعدو أن يكون صفة فيه وبالتالي يعتبر صورة خاصة للحكم الوارد في المادة ٤٤٧ مدني.

يجعل المبيع غير صالح للعمل. وهذا الشرط يعمل إلى جانب ضمان العيب الخفي إذا توافرت شروطه السابقة. وهذا الشرط مقيدة بمدة معينة يتفق عليها. وهذه المدة تكفي عادة للتأكد من صلاحية الشيء للعمل.

وقد تضمن النص إجراءات الرجوع بالضمان فاستلزم أن يخطر المشتري البائع بالخلل في مدة شهر من ظهوره وإلا سقط الضمان كما أنه يجب أن ترفع دعوى الضمان في هذه الحالة خلال ستة شهور من وقت الإخطار وإلا سقط الحق في الضمان. كل هذا ما لم يتفق على غيره.

والتعويض في مثل هذه الحالة يتمثل عادة في قيام البائع بإصلاح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل. وقد يصل الخلل في المبيع إلى درجة عدم إمكانية إصلاحه في هذه الحالة يقوم البائع بإبداله بمثيل له يكون صالحاً للعمل طبقاً للاشتراطات الفنية المتفق عليها.

في القانون اللبناني:

لم يرد نص مماثل لما ورد في القانون المصري ومع ذلك يمكن العمل باتفاق الطرفين في هذا الصدد في حدود ما تقضي به القواعد العامة[1].

---

(١) توفيق فرج، فقرة ٢٦١ ص ٥٨١.

الباب الثاني

التزامات المشتري

ـ بيان هذه الالتزامات:

يلتزم المشتري بموجب عقد البيع بالتزامات ثلاثة:

١ ـ الوفاء بالثمن.

٢ ـ الالتزام بدفع مصروفات المبيع.

٣ ـ الالتزام بتسلم المبيع.

ولنعرض لهذه الالتزامات الثلاثة بالتفصيل[١].

---

(١) تنص المادة ٤٦٥ موجبات وعقود على أن «على المشتري موجبان أساسيان وهما: ١ ـ دفع الثمن. ٢ ـ استلام المبيع» وفيما يتعلق بالمصاريف فإن المشتري هو الذي يتحملها (م ٢/٤٦٦ موجبات وعقود) ونصت المادة ٤١٣ موجبات وعقود على مصاريف التسليم.

الفصل الأول: الوفاء بالثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن وما يلحق به من فوائد في زمان ومكان معين، وعند الإخلال بذلك يتعرض المشتري لجزاءات معينة. وعلى ذلك يجب أن نعرض في مبحث أول: للالتزام بدفع الثمن، وفي مبحث ثان، لجزاء الإخلال بالالتزام.

المبحث الأول: الالتزام بدفع الثمن

في هذا المبحث يجب أن نعرض لمضمون هذا الالتزام، ثم نبين ظروف الوفاء بالثمن من حيث الزمان والمكان.

المطلب الأول: مضمونه

هذا الالتزام يشمل دفع الثمن وفوائده في بعض الأحوال وهذا ما يستلزم أن نعرض لذلك بشيء من التفصيل.

أولاً ـ دفع الثمن:

القاعدة في كيفية دفع الثمن هو أنه يدفع نقداً ما لم يوجد نص قانوني أو عرف أو اتفاق على خلافها.

ـ فإذا كان الثمن يجب أن يدفع نقداً فإن ذلك يقتضي أن المشتري يحصل على دليل على الوفاء به في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع. بمعنى آخر يجب أن يكون هناك تنفيذ متعاصر لالتزامات كل من البائع والمشتري. فإذا كان المشتري يطلب تسليمه المبيع، فإنه ينبغي عليه دفع الثمن. وإذا كان البائع يطلب دفع الثمن يجب عليه أن يقوم بتسليم المبيع (م ٤٥٧ مدني) وذلك على النحو الذي سوف نراه عند زمان الوفاء.

ويترتب على ذلك أن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزاماته وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. مثال ذلك أن المشتري يستطيع أن يمتنع عن دفع الثمن إذا البائع، على خلاف ما تعهد به، يتطلب دفع الثمن دون أن يُمَكن المشتري من التحقق من البضائع المباعة[1].

- ويجري العمل في المجال التجاري على أن يتم تأجيل الثمن ويدفع منه عند التعاقد جزء معين، كأن يدفع الثلث مثلاً عند التعاقد والثلث عند التسليم والثلث الأخير بعد ثلاثة شهور مثلاً، أو قد يتفق على أن يدفع الثمن على شكل أقساط متساوية أو غير متساوية.

وهذه الاتفاقات متنوعة للغاية حيث أنه في نظام المنافسة يكون الائتمان عنصراً هاماً في السياسة التجارية le markting ولذلك نجده يختلف من بائع أو من مشتري لآخر. فمثلاً المشتري الذي له علاقة مستمرة مع البائع يحظى بائتمان بشروط أفضل من غيره.

وفي بعض الأحيان قد يشترط أن يدفع الثمن كله أو جزء هام جداً منه قبل التسليم. وقد اعتبر المجلس الأوروبي وكذلك لجنة تنقيح قانون الاستهلاك أن مثل هذه الشروط تعتبر تعسفية إذا كانت في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين وتمنوا أن تحظر مثل هذه الشروط[2].

والمشتري هو الذي يتحمل، باعتباره المدين، نفقات الوفاء بالثمن وفقاً للقواعد العامة (م ٣٤٨ مدني)، كنفقات إرسال الثمن بالبريد أو إيداعه في البنك لحساب البائع أو مصاريف الرسول الذي يحمله إلى البائع. وقد كان المشروع

---

(١) انظر على سبيل المثال

Com. 21 oct. 1974, Bull. I, no 261.

أو أنه لم يقم بعمل التشطيبات اللازمة للملابس المباعة

Civ. 1, 17 fév. 1976, Bull. I, no 74.

والمشتري يكون ملزماً بدفع الثمن إذا كان عدم التنفيذ ليس على درجة كافية من الخطورة

Com. 16 juil. 1980, Bull, IV, no 297.

(٢) J. Huet, contrats, no 11440, p. 353, Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit, no 503 p. 269.

التمهيدي للتقنين المدني الحالي يتضمن نصاً في هذا الصدد هو نص المادة ٦٠٢ الذي ينص على أن «يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد، وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء» وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة[1].

ثانياً ـ الفوائد:

تنص المادة ٤٥٨ مدني مصري على أنه «١ ـ لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

«٢ ـ وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٩٦ موجبات وعقود على أنه «يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً، ما لم يكن ثمة نص مخالف، أن يتحمل:

١ ـ الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع.

٢ ـ نفقات حفظ المبيع ونفقات حتى الأثمار.

٣ ـ مخاطر العين المعينة.

وتنص المادة ٤١٧ موجبات وعقود على «أن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع. ويجب أن تسلم إليه مع المبيع ـ ما لم يكن هناك نص مخالف» ويتضح من هذه النصوص أن الأصل هو أن يتملك المشتري ثمر المبيع ونماءه ويتحمل نفقاته من وقت تمام البيع وفي مقابل ذلك يدفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن من وقت تمام البيع ما لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٢٨.

متى يلتزم المشتري بالفوائد عن الثمن؟

١ - **الفوائد الاتفاقية**: إذا وجد اتفاق، سواء وقت العقد أو بعده، على التزام المشتري بدفع فوائد عن الثمن ابتداء من وقت معين. وهذا الاتفاق صحيح ولكن بشرط ألا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ (م ٢٢٧/ ١ مدني) سواء في المسائل المدنية أو المسائل التجارية.

وفي القانون اللبناني ٩ ٪ (م ٧٦٧ موجبات وعقود) وإذا كان هناك عرف يقضي باستحقاق الفوائد للبائع عن الثمن وجب على المشتري دفعها.

٢ - **الفوائد القانونية**: إذا لم يوجد اتفاق أو عرف فإن الفوائد القانونية تستحق في حالتين:

أ **الحالة الأولى**: إذا أعذر البائع المشتري بدفع الثمن المستحق الأداء. فبمجرد الإعذار يلتزم المشتري بدفع الفوائد، وفي هذا خروج على القواعد العامة التي تقضي بعدم سريان الفوائد إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني) وهذه الفوائد تحسب بسعر ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية.

ب **الحالة الثانية**: إذا سلم المبيع إلى المشتري وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، فتستحق الفوائد من تاريخ التسليم، وهذا استثناء عن القاعدة العامة في سريان الفوائد القانونية وليس ضرورياً أن ينتج المبيع فعلاً ثمرات أو إيرادات بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك كما لو كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يحصل المشتري فعلاً على أجره من المنزل أو محاصيل أو أجره من الأرض الزراعية.

وإذا لم يكن المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات فلا يلتزم المشتري بالفوائد ولو انتفع به ما لم يوجد اتفاق على ذلك. مثال ذلك أن يكون المبيع قطعة من الحلي أو كتاب أو سيارة خاصة[1].

---

(١) قارن السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٩٤ ص ٧٧٩ حيث يرى أن الفوائد القانونية تستحق في هذه الحالة على أساس أنه يجب أن تفسر عبارة «ثمرات أو إيرادات أخرى» =

في القانون اللبناني:

لم يرد نص خاص بالفوائد المستحقة على الثمن ولذلك تطبق القواعد العامة في هذا الصدد مع الاستهداء بالحلول الواردة في القوانين الأخرى[1].

المطلب الثاني: ظروف الوفاء بالثمن

ـ زمان ومكان الوفاء بالثمن:

وهنا سنعرض لزمان ومكان الوفاء مع الأخذ في الاعتبار أن القواعد المنظمة لظروف الوفاء تعتبر من القواعد المكملة، أي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها.

أولاً ـ زمان الوفاء بالثمن:

تنص المادة ١/٤٥٧ مدني مصري على أنه «١ ـ يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

يتضح من ذلك أنه لتحديد زمان الوفاء بالثمن يجب الرجوع أولاً إلى إرادة المتعاقدين. فقد يتفق على موعد معين للوفاء بالثمن ويستوي في ذلك أن يكون هذا الميعاد قبل التسليم أو بعده. فإذا لم يوجد اتفاق على زمان الوفاء بالثمن فيرجع إلى العرف، فإن وجد عرف في هذا الصدد وجب اتباعه. فإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف فالقاعدة أن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع (م ٤٥٧/ ١ مدني).

وبذلك يكن المشرع قد خرج على القواعد العامة التي تقضي بأن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣٤٦/ ١ مدني) بحيث إذا كان هناك اتفاق على تأجيل التسليم دون الاتفاق على وقت الوفاء بالثمن لوجب دفع الثمن في الحال. ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة وربط بين التسليم ودفع الثمن حتى

= تفسيراً موسعاً.

وينتقد بعض الفقهاء هذه التفرقة أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٩ ص ٢٢٢.

(١) انظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ٢٦٥ ص ٥٨٧ وما بعدها.

تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد كما تقول المذكرة الإيضاحية[1].

وعلى ذلك فإنه في الفرض البسيط عندما لا يكون هناك اتفاق على وقت التسليم أو وقت دفع الثمن كان كل من الالتزامين مستحق الأداء فوراً. أما إذا اتفق على ميعاد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على موعد للوفاء بالثمن عندئذ يكون الثمن مستحق في هذا الوقت أيضاً، بمعنى أن يكون للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إلى أن يحصل على التسليم طبقاً للقاعدة الواردة في المادة ٤٥٧/١ مدني وذلك على خلاف القواعد العامة. لكن إذا تم الاتفاق على موعد لدفع الثمن قبل التسليم، كأن يدفع فوراً مثلاً، فإنه يجب العمل بهذا الاتفاق فيدفع الثمن المتفق عليه أما تسليم المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد له بعد ذلك.

- الدفع بعدم التنفيذ:

تنص المادة ٤٥٧/٢ مدني على أنه «إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن، على أن يقدم كفيلاً».

وتنص المادة ٤٥٧/٣ مدني على أن «ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع».

- هذا الدفع نتيجة طبيعية للتقابل بين الالتزامات في عقد البيع باعتباره من العقود الملزمة للجانبين. «فالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري. وعلى ذلك إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه، كأن يخشى تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة، أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة» كان له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته تنفيذ التزامه المقابل[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٣٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٣٩٧ ص ٧٩٣.

ويكون امتناع المشتري هنا امتناعاً مشروعاً.

ـ ويتضح من هذا النص أن للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ في ثلاث حالات:

١ ـ إذا تعرض له الغير مستنداً في تعرضه إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع. فإن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى ولو كان مستحق الأداء، وهذا الدفع يمثل وسيلة سهلة في يد المشتري ليحقق بها عدة أهداف: أولها الضغط على البائع ليقوم بدفع هذا التعرض. ثانيها: أنه إذا تحقق الضمان فإنه يكون على البائع أن يدفع له التعويضات المستحقة في هذه الحالة. ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لوقوع المقاصة بين الثمن الذي بين يديه وما هو مستحق له في ذمة البائع من تعويضات. وثالثها: أن المشتري يستطيع أن يتوقى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع جزء من الثمن أو بدفعه كله وبذلك يكون قد برأت ذمته في مواجهة البائع وفي نفس الوقت توقي الاستحقاق كأن يدفع حق الدائن المرتهن الذي له رهن مقرر على المبيع والذي شرع في التنفيذ على المبيع. لكن يلزم أن يكون التعرض الذي دفع بعدم التنفيذ على إثره مما يضمنه البائع.

٢ ـ إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، في هذه الحالة لا يلزم أن يحصل التعرض بالفعل بل يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض. وذلك بخلاف ضمان التعرض والاستحقاق الذي يشترط بصدده وقوع التعرض بالفعل. مثال ذلك أن المشتري يكتشف البائع قد باع ملك غيره، أو أن المبيع مرهون ففي هذه الحالات لم يتعرض أحد بعد للمشتري ومع ذلك مجرد أن يخشى المشتري مطالبة المالك الحقيقي باستحقاق المبيع أو تنفيذ الدائن المرتهن فيكون له الدفع بعدم التنفيذ. بل لا يلزم أن يثبت المشتري وجود الحق الذي يخشى منه فعلاً، بل يكفي أن تكون لديه أسباب جدية تجعله يخشى نزع المبيع من تحت يده، كما لو كانت ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ وخشي المشتري أن يكون هذا الشرط قد تحقق.

٣ ـ إذا كشف المشتري عيباً في المبيع مما يضمنه البائع، حيث أن البائع ملتزم بضمان العيب ويكون للمشتري الدفع بعدم التنفيذ حتى يوفي البائع بالتزامه.

وكل هذه الحالات تقوم على فرضية معينة أن المشتري لم يكن قد دفع الثمن

بعد، أو أنه لم يشترط أن المشتري لا يحق له الدفع بعدم التنفيذ، إذ لا يبقى له في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالضمان إذا توافرت شروطه.

كما أن الدفع بعدم التنفيذ يفقد علته إذا زال سببه، أو إذا قدم البائع للمشتري كفيلاً. ويستوي في هذه الحالة أن تكون الكفالة شخصية أو عينية، حتى تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض.

في القانون اللبناني:

المرجع في تحديد زمان الوفاء بالثمن هو إرادة المتعاقدين فتنص المادة ٤٦٦ موجبات وعقود على أنه «يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه المعينين في العقد..».

فإذا لم يتم الاتفاق على ميعاد معين فإن الثمن يعتبر مستحق الأداء فور العقد، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨٧ موجبات وعقود بقولها «إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن، ولا شروط هذا الدفع، عد البيع نقداً بلا شروط» وفي هذه الحالة يلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام (م ٤٦٦ موجبات وعقود).

وقد يحدث أن تمنح للمشتري مهلة لدفع الثمن. وفي هذه الحالة يجري العمل على الاتفاق على تحديد تلك المهلة، كما يتفق بين الطرفين على تعيين كيفية الدفع. وإذا كان الاتفاق خالياً من تحديد الوقت الذي تبدأ فيه المهلة نص القانون على قاعدة مكملة بمقتضاها «إذا منحت مهلة لدفع الثمن، فلا تبتدىء إلا من تاريخ إنشاء العقد، إذا لم يعين الفريقان تاريخاً آخر» (م ٤٦٧ موجبات وعقود).

ـ الدفع بعدم التنفيذ:

للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يقم البائع بنقل ملكية هادئة ونافعة للمشتري، حيث أن التزام المشتري بدفع الثمن هو الالتزام المقابل لالتزام البائع فله أن يمتنع عن تنفيذه حتى يقوم البائع بتنفيذ ما يجب عليه.

ولذلك تنص المادة ٤٧٠ موجبات وعقود على «أن المشتري الذي تعرض له الغير أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض على أنه يحق للبائع أن

يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد إذا نزعت يده عن المبيع.

«وإذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية».

«ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشترطاً على الرغم من كل تعرض أو إذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية».

وتنص المادة ٤٧١ موجبات وعقود على أن «تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعيب في المبيع يوجب رده».

ثانياً ـ مكان الوفاء بالثمن:

تنص المادة ٤٥٦ مدني مصري على أنه «١ ـ يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

«٢ ـ فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن».

في القانون اللبناني:

لا يوجد نص على مكان الوفاء بالثمن ولذلك تطبق القواعد العامة والتي تقضي بأن يكون الوفاء بالثمن في موطن المشتري (م ٣٠٢ موجبات وعقود) ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

وعلى ضوء هذا النص يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت التسليم، كما لو اتفق على وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع، فإن الثمن يكون مستحقاً في الميعاد الذي تم تحديده، أما التسليم فإنه يكون مستحقاً بمجرد تمام البيع. وكذلك الحال إذا حدد لكل من دفع الثمن وتسليم المبيع وقتين مختلفين. في هذه الحالة يكون مكان الوفاء ما تقضي به القواعد العامة أي موطن المشتري

وقت استحقاق الثمن (٢/٣٤٧ مدني) أوفي مركز أعماله وقت استحقاق الثمن إذا كان التزامه بالثمن متعلقاً بهذه التجارة أو الحرفة. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٤٥٦ مدني).

الفرض الثاني: إذا كان الثمن مستحقاً وقت التسليم، وهذا يتحقق في حالات عدة، كما لو لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع الثمن، فعندئذ يكون تنفيذ الالتزامين وقت تمام العقد، أو يتفق على تأجيل التسليم دون التعرض لوقت الوفاء بالثمن، فمكان الوفاء في هذه الحالة هو المكان الذي يسلم فيه المبيع، وفي هذا خروج على القواعد هي أن «البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التسليم»[1].

وكل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه.

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن على النحو السابق بيانه فإنه يكون للبائع:

أولاً: الدفع بعدم التنفيذ، بأن يمتنع البائع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن. وقد تعرضنا لذلك من قبل عند الكلام عن الالتزام بتسليم المبيع.

ثانياً: يستطيع التنفيذ بحقه على الضمان العام للمشتري، وحق البائع مضمون بامتياز على المبيع، وهو امتياز البائع (في المنقول المادة ١١٤٥ مدني، وفي العقار المادة ١١٤٧) ويكون له بمقتضاه استيفاء حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين في المرتبة.

ثالثاً: يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع. والأصل أن يكون هذا الفسخ قضائياً ولكن ليس هناك ما يمنع أن يتضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً. أما بالنسبة للانفساخ بقوة القانون نتيجة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة فإنه لا محل له هنا حيث أن محل التزام المشتري مبلغ من النقود وهو ما لا يتصور استحالة تنفيذه.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٣٦.

وقد كرس المشرع لبيع المنقول حكماً خاصاً بغية حماية بائع المنقول مما قد يتعرض له من تقلبات في الأسعار، وأخذاً في الاعتبار طبيعة المنقول التي عادة ما تكون عرضة للتلف السريع، وسرعة التداول التي تتسم به الحياة التجارية. من أجل ذلك جعل البيع ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار أو مطالبة قضائية إذا لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الميعاد المتفق عليه لدفع الثمن وتسليم المبيع إذا اختار البائع ذلك. وهذه قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

وفي ذلك تنص المادة ٤٦١ مدني مصري بقولها أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره».

ـ ونطاق هذا النص ينحصر في مجال بيع العروض وغيرها من المنقولات وبالتالي حكمه لا ينصرف إلى العقارات. ويسري هذا النص على كافة المنقولات سواء كانت منقولات بطبيعتها كالبضائع على اختلاف أنواعها والأسهم والسندات، أو كانت منقولات بحسب المآل كالثمار التي تباع قبل قطفها أو الأشجار التي تباع قبل قطعها وأنقاض المنزل قبل هدمه[1] ويستوي في هذا الصدد أن يكون البيع مدنياً أو تجارياً.

ـ ويشترط لإعمال هذا النص توافر عدة شروط:

أولاً: أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع، أو إذا تم الاتفاق على موعد للتسليم دون التعرض لدفع الثمن إذ يكون الثمن واجب الدفع أيضاً في وقت التسليم طبقاً لنص المادة ٤٥٧/ ١ مدني. أما إذا اختلف ميعاد التسليم عن ميعاد دفع الثمن فلا يسري النص، كأن يكون ميعاد دفع الثمن قبل أو بعد التسليم إذ في هذه الحالة يجب إحترام هذا الاتفاق ولا يطبق هذا الحكم وإنما يرجع إلى القواعد العامة.

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٢ ص ٢٣٠.

ثانياً: أن المشتري لا يدفع الثمن عند حلول الميعاد المحدد[١] تقصيراً منه، أما إذا كان هناك امتناع مشروع عن دفع الثمن في الميعاد نتيجة تقصير البائع في تسليم المبيع فإنه لا محل لهذا الجزاء وإنما يخضع الأمر للقواعد العامة.

ثالثاً: أن يختار البائع ذلك، لأن هذا الحكم مقرر لمصلحته وبالتالي يستطيع أن يعدل عنه ويطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك في مصلحته. أما إذا لم يطلب البائع ذلك فإن البيع يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار المشتري ودون حاجة إلى مطالبة قضائية. وبطبيعة الحال لا يستطيع المشتري أن يتمسك بانفساخ البيع لأن ذلك يرجع إلى تقصيره ولا يجوز له أن يستفيد من تقصيره.

وفيما عدا هذا الحكم الاستثنائي في بيع المنقول فإن فسخ البيع يخضع للقواعد العامة السابق دراستها في نظرية الالتزامات وبالتالي ليس هناك ما يدعو لإعادة دراستها هنا[٢].

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يضع حكم مماثل في صالح البائع عند عدم تسلم المشتري للمبيع في المادة ٦١٢ منه والتي تنص على أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار، وذلك لمصلحة البائع، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع على أجل أطول للوفاء في الثمن» ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن في الميعاد دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع إذ قد يحول دون تسلم المشتري المبيع ظروف لا يد له فيها، ووافق المجلس على هذا التعديل. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٥٦.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص في المادة ٦٠٩ منه على أنه «إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه، أو لم يقم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع، فالبائع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع» وتنص المادة ٦١٠ منه على أنه «١ ـ في بيع العقار، يتعين الحكم بالفسخ فوراً، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن» «٢ ـ فإذا لم يكن مهدداً بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى» «٣ ـ فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر» وقد=

أولا - يخضع عقد البيع للقواعد العامة عندما لا يقوم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه، فيكون للبائع أن ينفذ على أموال المشتري بالثمن المستحق ويكون له في ذلك ضمانات معينة كتأمين إجباري لبائع العقار (م ١٣١، ١٣٧ ملكية عقارية) وامتياز بائع المنقول (م ٣ من قانون ٢٧ آذار ١٩٦٣ والخاص بإنشاء امتياز لصالح بائع الأموال المنقولة) وهذا الحكم الأخير يخرج من نطاقه تطبيقه المؤسسات التجارية حيث أفرد لها تشريع خاص، كما يخرج كذلك المركبات والسيارات والآلات الزراعية والصناعية المشمولة بأحكام قانون ٢٠ أيار ١٩٣٥ حيث يحتفظ لبائعها بالملكية عليها إلى حين الانتهاء من الوفاء بثمنها كاملاً، مع السماح لهم باستردادها (م ١٠)[1].

- يكون للبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع حتى يقوم المشتري بالوفاء بما عليه من التزام مقابل بدفع الثمن.

- كما يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع عندما لا يقوم المشتري بأداء الثمن المستحق عليه طبقاً للقواعد العامة (م ٢٣٩ موجبات وعقود) ولكن جاء نص المادة ٤٦٨ موجبات وعقود ليقرر أنه «إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن فالعقد يفسخ حتماً لمجرد عدم الدفع في الأجل المضروب» إذاً في هذه الحالة ينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار ودون حاجة إلى مطالبة قضائية[2] وذلك لتيسر على البائع باعفائه من الإجراءات الطويلة اللازمة للإنذار والمطالبة القضائية.

- وفي مجال بيع المنقول قد أورد المشرع اللبناني حكماً خاصاً في المادة

= حذفت لجنة المراجعة هذه النصوص لأنها مستفادة من القواعد العامة» مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩.

(١) أنظر في تفصيل ذلك توفيق فرج، فقرة ٢٧٨ ص ٦٢٢ وما بعدها.

(٢) أنظر محكمة التمييز الأولى قرار إعدادي رقم ٥ في ٢١ آب ١٩٥٧ حاتم جـ ٣٢ ص ٢٥ رقم ٥، والقرار رقم ٨ في ٧ شباط ١٩٥٨، حاتم جـ ٣٣ ص ٢٩ رقم ٤ مشار إليهما في توفيق فرج، ص ٦٢٩ هامش ١.

٤٦٩ موجبات وعقود حيث تنص على أنه «إذا عقد البيع ولم تمنح مهلة لدفع الثمن، فللبائع عند عدم الدفع أن يطالب بالأشياء المنقولة المبيعة ما دامت في حوزة المشتري بشرط أن تكون المطالبة في خلال خمسة عشر يوماً تبتدىء من تاريخ التسليم وأن تكون تلك الأشياء باقية كما كانت وقت تسليمها».

«وتخضع تلك المطالبة في حالة الإفلاس للأحكام المختصة به».

وإذا كان الاسترداد لا يثبت إلا للمالك إلا أن المشرع اللبناني قد قرر للبائع حق الاسترداد رغم أنه لم يعد مالكاً حيث أن الملكية تنتقل في المنقول المعين بالذات فور العقد، وفي المنقول المعين بالنوع بالإفراز والتعيين. ولذلك فإن الفقه يتجه إلى اعتبار أن هذا الاسترداد له معنى خاص ولتحقيق غاية خاصة وهي تمكين البائع من استرداد الحيازة المادية للمنقول لا استرداد ملكيته، وذلك من أجل الحيلولة دون تصرف المشتري فيها لشخص آخر حسن النية يتملكها بحيازته له وبالتالي يوجد البائع في وضع مماثل لوضعه الذي كان فيه قبل تسليم المبيع لا أكثر ولا أقل.

وقد أحاط المشرع هذا الاسترداد بعدة شروط ليحصره في تحقيق الغاية التي قصد إليها وهذه الشروط هي:

١ ـ عدم منح مهلة للمشتري، بمعنى أن يكون الثمن مستحق الأداء.

٢ ـ عدم قيام المشتري بدفع الثمن المستحق.

٣ ـ أن تكون المطالبة بأشياء منقولة.

٤ ـ أن تكون هذه الأشياء المنقولة ما زالت في حوزة المشتري.

٥ ـ أن تكون هذه الأشياء المنقولة باقية كما كانت وقت تسليمها دون أن يطرأ عليها أي تغيير.

٦ ـ أن تكون المطالبة في خلال خمسة عشر يوماً من وقت التسليم.

وعند إفلاس المشتري: لا يجوز للبائع استردادها إذا كانت البضاعة قد سلمت إلى المشتري قبل الإفلاس (م ٦١٢ من قانون التجارة) وليس أمام

البائع إلى أن يدخل في التفليسة باعتباره دائناً بالثمن، ويخضع في ذلك لقسمة الغرماء.

أما إذا كان المبيع لم يسلم إلى المشتري في مخازنه أو في أي مكان آخر له فيه مظهر التصرف أو في مخازن وسيط له فإن للبائع أن يسترده (م ٦١١ من قانون التجارة).

الفصل الثاني: الالتزام بدفع مصروفات البيع

أولاً: مصروفات البيع:

تنص المادة ٤٦٢ مدني مصري على أن «نفقات عقد البيع ورسوم «الدفعة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

يتضح من ذلك أن المرجع في من يتحمل مصروفات البيع هو إرادة المتعاقدين. فقد يتفق على أن تكون على البائع، أو تكون مناصفة بين البائع والمشتري. فإذا لم يتفق على شيء من ذلك فيرجع إلى العرف، ويجري العرف في هذا الصدد على أن مصاريف السمسار تكون مناصفة بين البائع والمشتري[1]. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فتكون المصروفات على المشتري طبقاً للمادة ٤٦٢ مدني.

وعلى ذلك يتحمل المشتري كل نفقات عقد البيع، من أتعاب المحامي الذي يقوم بتحرير العقد، ونفقات التوثيق إذا كان العقد رسمياً، نفقات التسجيل وما يلزم ذلك من دمغات، ورسوم كشف تحديد المساحة وغير ذلك.

أما المصروفات التي تلزم لتنفيذ البائع لالتزاماته، كمصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره من الرهن الرسمي المقرر عليه، أو مصروفات محو القيود الواردة على العقار، ومصروفات إثبات ملكيته، فكل هذه المصروفات يتحمل بها البائع. لكن إذا أنفق البائع شيئاً مما يلتزم به المشتري رجع عليه بما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤ ص ١٥٨.

أنفقه وله أن ينفذ به على كل أمواله، وتدخل هذه المصروفات فيما يضمنه امتياز البائع طبقاً لنص المادتين ١١٤٥، ١١٤٧ اللتين تقرران امتياز للبائع لما يستحقه من «الثمن وملحقاته»[١]. كما يكون للبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى أن يستوفي كامل حقه من ثمن وفوائد ومصروفات علاوة على ما له من حق طلب الفسخ طبقاً للقواعد العامة.

مجمل المصروفات السابقة تخص العلاقة بين المشتري والبائع، وتكون على المشتري، أما بالنسبة للغير فيرجع إلى القواعد العامة، فإذا اتفق البائع مع المحامي على تحرير العقد كان هو الملتزم بدفع الأتعاب في مواجهة المحامي، وإذا كان كل من المشتري والبائع قد إتفق مع المحامي كان كل منهما ملتزماً نحوه بكامل الأتعاب (م ٧١٢ مدني)[٢].

على أن يرجع البائع على المشتري بعد ذلك بما يدفعه ما لم يتفق على غير ذلك[٣].

ثانياً ـ تكاليف المبيع:

تنص المادة ٢/٤٥٨ على أنه «وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

يتضح من ذلك أن المرجع في تحديد من يتحمل تكاليف المبيع هو إرادة المتعاقدين فإذا كان هناك اتفاق على ذلك وجب العمل به. فإذا لم يوجد وجب الرجوع إلى العرف، فإذا وجد وجب اتباعه وإذا لم يوجد فيكون على المشتري تحمل هذه التكاليف.

وتحمل المشتري لتكاليف المبيع يكون في مقابل استحقاقه لثمار المبيع

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن الحق الممتاز يشمل الثمن والملحقات من فوائد ومصروفات. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٧ ص ٣٢١، ٣٢٦.

(٢) أنور سلطان، فقرة ٣١١ ص ٣٦٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٣ ص ٢٣٣.

ونماؤه من وقت البيع. وتشمل هذه التكاليف الضرائب المفروضة على المبيع، ومصاريف صيانته واستغلاله، فإذا كان البائع قد قام بانفاق هذه المصروفات التزم المشتري بردها إليه. ونظراً لارتباط التزام المشتري بتكاليف المبيع بحقه في أخذ الثمار فإن الاتفاق على تأخير استحقاق المشتري لهذه الثمار إلى وقت معين يتضمن في الوقت نفسه اتفاقاً على عدم إلزامه بتكاليف البيع حتى هذا الوقت[1].

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٤ ص ٢٣٤.

الفصل الثالث: تسلم المبيع

في هذا الصدد سنقوم بدراسة الالتزام بتسلم المبيع من حيث محله وظروف الوفاء به، ثم نقف بعد ذلك على جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

المبحث الأول: الالتزام بتسلم المبيع

وهنا سنبين محل هذا الالتزام، ثم نبين ظروف الوفاء بهذا الالتزام.

أولاً ـ محل الالتزام:

سبق أن رأينا أنه يقع على عاتق البائع التزام بتسليم المبيع، وذلك بأن يضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولِ عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك (م ٤٣٥ مدني) والغالب أن يقوم المشتري بتسلم المبيع أي بالاستيلاء عليه استيلاءً مادياً بمعنى أن تتم عملية التسليم والتسلم في نفس الوقت. ولكن قد يحدث أن يقوم البائع بتسليم المبيع بالمعنى السابق ولا يقوم المشتري باستلامه استلاماً فعلياً، وفي هذه الحالة يكون البائع قد قام بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع، ولم يقم المشتري بالتزامه بتسلمه، وبالتالي لا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع.

وقد يكون من مصلحة البائع أن يقوم المشتري بتسلم المبيع، أي بالاستيلاء عليه فعلاً، لكي يخلي بذلك المكان الذي يكون المبيع شاغلاً له عند البائع، أو لما في ذلك من أهمية قانونية، حيث أن مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة

في المبيع لا تبدأ إلا من وقت التسليم الفعلي (م ٤٣٤ مدني)، وكذلك مدة سقوط دعوى ضمان العيب تبدأ أيضاً من وقت التسليم الفعلي. لذلك يستطيع البائع إجبار المشتري على تسلم المبيع بعد إعذاره، كما له طلب الفسخ إذا لم يقم المشتري بتسلم المبيع.

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعته، فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع، وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع وبحيازته وهكذا.

ثانياً ـ ظروف الوفاء بالتزام المشتري بتسلم المبيع:

ونقصد بظرف الوفاء مكان وزمان تسلم المبيع، وكذلك نفقاته.

١ ـ مكان وزمان التسلم:

تنص المادة ٤٦٣ مدني على أنه «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا مما يقتضيه النقل من زمان».

وفي القانون اللبناني:

تنص المادة ٤٧٢ موجبات وعقود على أنه «يجب على المشتري أن يستلم المبيع في المكان والزمان المعينين في العقد» «وإذا لم يكن هناك نص مخالف، وجب عليه أن يتسلم المبيع بلا إبطاء مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام».

في الغالب من الأحوال يكون مكان التسلم وزمانه هو مكان التسليم وزمانه. فالبائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان وفي مكان معين سبق بيانهما ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان، ومع ذلك قد يتراخى تسلم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع. وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زمان للتسلم يلي الزمان الذي يتم فيه التسليم[1] كما يجوز أن يتفق على أن يقوم البائع، إذا طلب المشتري، بنقل المبيع إلى مكان آخر غير مكان

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٤٢٣ ص ٨٤٨.

التسليم حيث يتسلمه المشتري بالفعل[1].

٢ ـ نفقات التسلم:

تنص المادة ٤٦٤ مدني على أن «نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك» (م ٤١٣ موجبات وعقود) والمقصود بنفقات التسلم النفقات اللازمة لتسلم المبيع، كمصروفات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم أو إلى المكان الذي يريده المشتري بعد ذلك، وكذلك الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم المقررة على المبيع، هذا كله ما لم يقضِ الاتفاق أو العرف على غيره.

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام

ـ تطبيق القواعد العامة:

إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع جاز للبائع أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً، كما له أن يطلب فسخ البيع مع التعويض في الحالين إن كان له مقتضى.

ـ فإذا أخل المشتري بالتزامه بتسلم المبيع فإن للبائع أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً. فإذا كان المبيع عقاراً جاز للبائع أن يتخلص من عبء المحافظة عليه بأن يطلب تعيين حارس يتولى حفظه لحساب المشتري وعلى نفقته. وإذا كان المبيع منقولاً جاز للبائع أن يطلب من القضاء الترخيص له في إيداعه على ذمة المشتري ونفقته في مكان آخر (م ٣٣٦ مدني) وإذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، فللبائع بعد استئذان القضاء أن يبيعه بالمزاد. وإذا كان للمبيع سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (م ٣٣٧ مدني)[2] ويجب أن يسبق كل ذلك إعذار البائع للمشتري أن

(١) منصور مصطفى منصر، فقرة ١٠٦ ص ٢٣٥.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٠٨ ص ٢٣٦.

ينفذ التزامه بتسلم المبيع[1].

- وكذلك يكون للبائع أن يطلب فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة. والحكم الخاص ببيع العروض أو المنقولات والذي يعتبر فيه البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد.

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ فله في الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع.

وإذا كان من الواجب تسليم الأشياء المبيعة دفعات متوالية فالتخلف عن استلام الدفعة الأولى منها يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع (م ٤٧٢/٤ موجبات وعقود). ولكن التخلف عن تسلم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى.

ملحق: التزامات خاصة:

- **تقييد لحقوق المشتري**: في البيوع التجارية يتفق غالباً على التزامات تقيد بالاتفاق حقوق المشتري على الشيء المبيع، وهو ما يسميه الفقه عادة بالالتزامات الخاصة للمشتري[2]. في مجال التجارة المعاصرة من المسموح به للصانع أو المنتج أن يمارس نوعاً من الرقابة على المشتري، وبصفة خاصة، في مجال توزيع البضائع، أو لترشيد وتنظيم السوق. ولكن هذه القيود تكون غير مقبولة إذا تجاوزت الحدود المعقولة وأصبحت تمس بقوة حرية المشتري.

ومن أمثلة ذلك أن منتج معين يستطيع أن يقيد من حرية المشتري - البائع في إعادة البيع. هذه الشروط صحيحة، ما لم تمثل اعتداء على حرية المنافسة، وإذا كانت تنص على أن المشتري لا يستطيع أن يستفيد من الاستعمال الأساسي للشيء[3]. فأي شرط يقيد من الالتزام التعاقدي لا يكون صحيحاً إلا إذا لم يستبعد أي التزام أساسي ناشيء عن العقد وإلا يكون بدون سبب.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٤٢٥ ص ٨٥١.

(٢) P. Coulombel, in la vente commerciale de marchandises, ouvr. collect. sous la direct de J. Hamel, Dalloz. 1951, pp. 289-338; M. Jeantin, ventes commerciales, Juris classeur com. contrats distribution, Fax. 380, 1983.

(٣) Civ. 3, 18 mars 1987, Bull. III, no 59; J.C.P. 87. IV. 185; Gaz. Pal. 87. II, pan. 160.

فإنه من المشروع تقييد بعض حقوق المشتري، كحق المشتري في الملكية كتقييد استعماله للشيء أو بعض الاستعمالات أو تقييد سلطته في التصرف ولو جزئياً، كاشتراط منع التصدير مثلاً[1] أو حتى منعه الكامل من التصرف طالما أن هذا الشرط محدد من حيث الزمان والمكان وله ما يبرره من مصلحة مشروعة[2] ولكن إذا وصل التقييد إلى حد حرمانه من حقوقه الأساسية فإنه يعتبر غير مشروع، كاشتراط أن يكون أي استعمال للشيء المبيع خاضعاً لتصريح من البائع، فالعقد في هذه الحالة لا يمثل أي فائدة للمشتري الذي لم يشتر إلا من أجل أن يبيع وبالتالي يكون التزامه بدون سبب.

تم بحمد الله وفضله

(١) H. Lalou, les prohibitions conventionnelles d'exportation, D.M. 1925, chr. 79.

(٢) أنظر مؤلفنا في الحقوق العينية الأصلية، ص ٤٢ وما بعدها.

الفهرس

- مقدمة ٥
أولاً: فكرة العقود المسماة ٥
١ ـ القواعد العامة والقواعد الخاصة ٥
٢ ـ العقود المسماة والعقود غير المسماة ٦
٣ ـ التكييف ٩
جـ ـ التكييف والتفسير ١١
ب ـ كيف تعرض مشكلة التكييف؟ ١٢
جـ ـ كيف تواجه مشكلة التكييف؟ ١٦
(١) التكييف الحصري ١٧
(٢) التكييف التوزيعي ١٨
(٣) التكييف غير الدقيق ١٩
(٤) رفض التكييف ـ العقد ذو الطبيعة الخاصة ٢٢
ثانياً: مصادر القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة ٢٢
١ ـ التشريع ٢٢
أ ـ التشريعات واللوائح ٢٣
ب ـ السلطات الإدارية المستقلة ٢٥
٢ ـ ما يجري عليه العمل في التعاقد ٢٦
ثالثاً: نطاق الدراسة ٢٦
- خطة الدراسة ٢٧

الجزء الأول

عقد البيع

ـ البيع أهم العقود المسماة ٣١
ـ خطة الدراسة ٣١

فصل تمهيدي: التعريف بعقد البيع:

المبحث الأول: نظرة أولية على عقد البيع ٣٢
أولاً: تطوره ٣٢
ثانياً: مصادره ٣٧
١ ـ القواعد الدولية ٣٧
٢ ـ القواعد القارية ـ القانون الأوروبي ٣٧
٣ ـ القوانين الداخلية ٣٨
ثالثاً: ماهيته وخصائصه ٤٠
المبحث الثاني: تمييز عقد البيع عن غيره من العقود ٤٢
أولاً: المحور الأول: الثمن ٤٣
١ ـ البيع والهبة ٤٣
٢ ـ البيع والمقايضة ٤٤
٣ ـ البيع وتقديم حصة في شركة ٤٤
٤ ـ البيع والوفاء بمقابل ٤٤
ثانياً: المحور الثاني: الشيء المبيع ٤٥
ـ البيع وعقد المقاولة ٤٦
ـ بيع شيء تحت التصنيع ٤٧
ـ بيع المفتاح في اليد وبيع المنتجات في اليد ٤٨
ثالثاً: المحور الثالث: نقل الملكية ٤٩
١ ـ البيع والإيجار ٤٩
٢ ـ البيع والقرض ٥٢

٣ ـ البيع والعارية ٥٣
٤ ـ بيع الوفاء ٥٤
٥ ـ البيع والوديعة ٥٤
٦ ـ البيع والوكالة ٥٦
ـ ملحق ٥٦
ـ خطة الدراسة ٥٨

القسم الأول
انعقاد عقد البيع

ـ عقد البيع ومبدأ سلطان الإرادة ٦١

الباب الأول: أركان عقد البيع وشروط صحته

الفصل الأول: التراضي ٧١
المبحث الأول: وجود التراضي ٧١
المطلب الأول: كيف يتم التراضي بوجه عام ٧١
أولاً: الإيجاب والقبول ٧١
١ ـ الإيجاب في عقد البيع ٧٢
٢ ـ القبول في عقد البيع ٧٣
ثانياً: اقتران الإيجاب بالقبول ٧٦
١ ـ القاعدة العامة في زمان ومكان انعقاد عقد البيع ٧٧
أ ـ في البيع بين حاضرين ٧٧
ب ـ في البيع بين غائبين ٧٨
٢ ـ تطبيقات خاصة ٧٩
أ ـ الإعلان المباشر عن البضاعة بطريق عرض البضائع ٧٩
ب ـ الإعلان المباشر عن النصائح عن طريق النشرات أو وسائل الإعلام ٨٠

- حماية المستهلك في هذه الصور من التعاقد ٨١
المطلب الثاني: صور خاصة بالتراضي ٨٢
أولاً: البيوع المشيئية ٨٢
١ - بيع المذاق ٨٢
٢ - البيع بشرط التجربة ٨٤
ثانياً: العقود التمهيدية ٨٩
١ - الوعد بالبيع أو بالشراء ٨٩
أ - الوعد بالبيع ٨٩
- شروطه ٩١
- آثاره ٩٣
- حالة رفض البيع وتعويض عدم قابلية العقار للتصرف . ١٠٠
- أثر التشريعات الحمائية للمستهلكين على الوعد بالبيع ١٠١
ملحق: الوعد بالتفضيل ١٠٢
ب - الوعد بالشراء ١٠٦
ملحق: الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد ١٠٦
جـ - الوعد الملزم للجانبين ١٠٧
٢ - البيع الابتدائي ١٠٩
ملحق: العقد الأولي - أو عقد الحجز ١١١
٣ - البيع بالعربون ١١٤
أ - المقصود به ودلالته ١١٤
ب - أحكامه ١١٥
ثالثاً: البيع بواسطة النائب ١١٧
١ - سلطة الوكيل في عقد البيع ١١٨
٢ - سلطة النائب بالبيع والشراء في حالات النيابة القانونية . . . ١١٩
أ - في الولاية على المال ١١٩
ب - سلطة الحارس القضائي ١٢٠
٣ - بيع النائب لنفسه ١٢١
أ - القاعدة العامة ١٢١

ب ـ تطبيقات خاصة ١٢١
المبحث الثاني: صحة التراضي ١٢٥
المطلب الأول: الأهلية ١٢٥
المطلب الثاني: سلامة الإرادة من العيوب والعلم بالمبيع ١٢٧
أولاً: سلامة الإرادة من العيوب ١٢٧
ثانياً: علم المشتري بالمبيع ١٢٨
١ ـ نطاق علم المشتري بالمبيع ١٢٨
ـ المقصود به ١٢٨
ـ ما يفيد العلم ١٢٩
ـ ما يقوم مقام العلم ١٣٠
الخلاصة: العلم بالمبيع وتعيين المبيع ١٣٠
٢ ـ جزاء عدم العلم وصلته بالغلط ١٣١
٣ ـ سقوط الحق في طلب الإبطال لعدم العلم ١٣٣
الفصل الثاني: الشيء المبيع ١٣٥
تنوع الأشياء ـ الشروط الواجب توافرها في المبيع ١٣٥
المبحث الأول: الوجود أو القابلية للوجود ١٣٦
أولاً: الأشياء الموجودة ١٣٦
ثانياً: الأشياء المستقبلة ١٣٨
١ ـ جواز بيع الأشياء المستقبلة ١٣٨
٢ ـ حكم بيع الأشياء المستقبلة ١٣٩
ـ عقد محدد ١٣٩
ـ عقد احتمالي ١٣٩
المبحث الثاني: التعيين أو القابلية للتعيين ١٤٠
أولاً: بالنسبة للأشياء المعينة بالذات ١٤٠
ثانياً: بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع ١٤٠
١ ـ البيع بالتقدير والبيع الجزاف ١٤١
٢ ـ البيع بالعينة ١٤٢
المبحث الثالث: قابلية المبيع للتعامل فيه ١٤٤

المطلب الأول: الأشياء الخارجة عن التعامل ١٤٥
ـ بيع العملاء المدينين ١٤٦
المطلب الثاني: المنع من التعامل ١٤٧
أولاً: حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء ١٤٧
١ ـ نطاق الحظر ١٤٨
أ ـ من حيث الأشخاص ١٤٨
ب ـ من حيث التصرفات ومحلها ١٥٠
٢ ـ جزاء الحظر ١٥٠
ثانياً: حظر تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه ١٥٠
١ ـ نطاق الحظر من حيث التصرفات ومحلها ١٥١
٢ ـ جزاء الحظر ١٥١
المطلب الثالث: تقييد التعامل ١٥١
ـ بيع الحقوق المتنازع فيها ١٥١
ـ استرداد الحق المتنازع فيه ١٥١
أولاً: نطاق الاسترداد ١٥٣
١ ـ ما يجوز فيه الاسترداد ١٥٣
٢ ـ ما لا يجوز فيه الاسترداد ١٥٥
ثانياً: إجراءات الاسترداد ١٥٦
ثالثاً: آثار الاسترداد ١٥٧
١ ـ في العلاقة بين المشتري والمتنازل ضده ١٥٧
٢ ـ في العلاقة بين المشتري والبائع ١٥٧
٣ ـ في العلاقة بين البائع والمسترد ١٥٨
المبحث الرابع: ملكية البائع للمبيع ١٥٨
ـ بيع ملك الغير ١٥٨
أولاً: شروط ١٥٩
ثانياً: أحكامه ١٦١
ـ مركز مركب ـ ازدواجية في الجزاء ـ البطلان وعدم النفاذ ١٦١
١ ـ حكم العقد فيما بين المتعاقدين ١٦٢

٢ ـ حكم العقد بالنسبة إلى المالك الحقيقي ١٦٤
(أولاً) المرحلة الأولى: قبل نفاذ البيع في حقه ١٦٥
(ثانياً) المرحلة الثانية: بعد نفاذ البيع بإقرار المالك الحقيقي ١٦٦
الفصل الثالث: الثمن ١٦٨
ـ الثمن النقدي عنصر جوهري في عقد البيع ١٦٨
المبحث الأول: شرط التقدير ١٦٩
ـ التقدير أو القابلية للتقدير ١٦٩
أولاً: أسس التقدير ١٧٠
١ ـ أساس التقدير سعر السوق ١٧٠
٢ ـ أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي عليه التعامل بين المتبايعين ١٧٠
٣ ـ تقدير الثمن المرتبط بعائد الشيء المبيع ١٧٢
ثانياً: تقدير الثمن بمعرفة الغير ١٧٣
المبحث الثاني: شرط الجدية ١٧٥
ـ يجب أن يكون الثمن حقيقياً وجدياً ١٧٥
أولاً: الثمن الحقيقي ١٧٥
ـ الثمن الصوري ١٧٥
ثانياً: الثمن الجدي ١٧٦
ـ الثمن التافه ١٧٦
ثالثاً: الثمن البخس ـ دعوى الغبن الفاحش ١٧٧
١ ـ شروط الغبن الفاحش ١٧٧
٢ ـ أثر الغبن الفاحش ١٧٩

الباب الثاني: صور خاصة للبيع
(البيوع الائتمانية)

١ ـ فكرة الائتمان ١٨٥
٢ ـ فكرة البيع الائتماني ١٨٨

الفصل الأول: البيع كوسيلة لإنشاء الائتمان ١٨٩
المبحث الأول: البيع بالأجل والبيع بالتقسيط ١٨٩
أولاً: البيع بالأجل ١٨٩
ثانياً: البيع بالتقسيط ١٩٠
المبحث الثاني: بيع السلم ١٩٣
أولاً: فلسفة بيع السلم في الفقه الإسلامي ١٩٣
ثانياً: بيع السلم في القانون المصري ١٩٤
ثالثاً: بيع السلم في القانون اللبناني ١٩٥
الفصل الثاني: البيع كوسيلة لضمان الائتمان ١٩٨
المبحث الأول: البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية ١٩٨
المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية ١٩٨
أولاً: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية ١٩٨
١ ـ المقصود به وحكمه ١٩٩
٢ ـ آثاره على نطاق الحقوق العينية ١٩٩
ثانياً: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ٢٠٥
١ ـ شروط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف ٢٠٥
٢ ـ شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل ٢٠٧
٣ ـ مركز المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن ٢٠٨
المطلب الثاني: مدى ما يحقق شرط الاحتفاظ بالملكية من ضمان .. ٢١٣
أولاً: بساطة وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ٢١٤
ثانياً: مدى انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ٢١٦
١ ـ حوالة الحق في الثمن والحلول الاتفاقي ٢١٦
٢ ـ التنازل عن عقد البيع ٢١٧
المبحث الثاني: البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع ٢١٨
المطلب الأول: التعريف بالبيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع ٢١٩
أولاً: ماهيتها وأهميتها ٢١٩

١ ـ المقصود بها ٢١٩
٢ ـ أهميتها العملية ٢٢١
ثانياً: تمييزها عن غيرها من العقود ٢٢٣
١ ـ اختلاف هذه العقود عن البيع بالأجل المتضمن شرط
الاحتفاظ بالملكية ٢٢٤
٢ ـ اختلاف هذه العقود عن الإيجار الائتماني أو التمويلي ... ٢٢٤
٣ ـ اختلاف هذه العقود عن عقد إيجار ـ الإشغال ٢٢٥
المطلب الثاني: مدى ما تحقق هذه العقود من ضمان ٢٢٦
أولاً: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ٢٢٦
١ ـ موقف المشرع المصري من البيع الإيجاري ٢٢٦
٢ ـ مدى الضمان الذي يحققه الإيجار المقترن بوعد بالبيع... ٢٢٧
ثانياً: مسلك المشرع الفرنسي في تنظيم هذين العقدين ٢٢٩
١ ـ الحماية المقررة للمستأجر قبل توقيع العقد.......... ٢٢٩
أ ـ إخطار المستأجر ٢٣٠
ب ـ الترابط بين العقود....................... ٢٣١
٢ ـ الحماية المقررة للمستأجر بعد توقيع العقود وعند عدم
تنفيذها ٢٣٢
أ ـ رد الجزء من الأجرة المقابل للوفاء بالثمن في حالة عدم
تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع.................. ٢٣٢
ب ـ عدم استرداد المقدم أو تعويض عدم القابلية للتصرف
في حالة عدم تنفيذ البيع ٢٣٣
المبحث الثالث: بيع الوفاء ٢٣٤
المطلب الأول: فكرة بيع الوفاء وجوهره.................. ٢٣٤
أولاً: ماهية بيع الوفاء وحكمه ٢٣٤
١ ـ المقصود ببيع الوفاء وكيفية عمله ٢٣٥
٢ ـ بطلان بيع الوفاء في التقنين المدني المصري.......... ٢٣٧
ثانياً: تمييز بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ ٢٣٧
المطلب الثاني: مدى ما يحقق بيع الوفاء من ضمان ٢٣٨

أولاً: نقل الملكية ـ على سبيل الضمان ٢٣٩
ثانياً: الجوانب السلبية ٢٣٩

القسم الثانـي
آثار عقد البيع

ـ البيع عقد ملزم للجانبين ٢١٤

الباب الأول: التزامات البائع

الفصل الأول: الالتزام بنقل الملكية ٢٤٥
ـ طبيعة المبيع وأثره ٢٤٥
المبحث الأول: نقل الملكية في المنقول ٢٤٥
ـ الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع ٢٤٥
المطلب الأول: الشيء المعين بذاته ٢٤٦
أولاً: قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد وشروطها ٢٤٦
١ ـ مقتضى هذه القاعدة ٢٤٦
٢ ـ شروط هذه القاعدة ٢٤٦
ثانياً: انتقال ملكية المنقول المعين بالذات استقلالاً عن التسليم ٢٤٨
المطلب الثاني: الشيء المعين بنوعه ٢٤٩
أولاً: ارتباط انتقال الملكية بالإفراز ٢٤٩
١ ـ القاعدة: ارتباط انتقال الملكية بالإفراز ٢٤٩
٢ ـ انتقال الملكية في حالة المبيع الواجب التصدير للمشتري ٢٥٠
المبحث الثاني: نقل الملكية في العقار ٢٥٤
ـ لا تنقل الملكية إلا بالتسجيل ٢٥٤
المطلب الأول: انتقال الملكية بالتسجيل ٢٥٥
أولاً: تسجيل البيع بين الشهر العقاري والسجل العقاري ٢٥٦
١ ـ نظام الشهر العقاري ٢٥٦
٢ ـ نظام السجل العقاري أو العيني ٢٥٧

ثانياً: تعاصر النظامين ٢٥٨
١ ـ في مصر ٢٥٨
٢ ـ في لبنان ٢٥٩
ثالثاً: آثار البيع غير المسجل ٢٦٠
المطلب الثاني: التزام البائع بنقل الملكية وأثره ٢٦٣
ـ عقد البيع غير المسجل يرتب حقوق والتزامات شخصية ٢٦٣
أولاً: محل الالتزام ٢٦٤
ثانياً: أثر الالتزام ٢٦٥
١ ـ دعوى صحة التعاقد ٢٦٥
٢ ـ دعوى صحة التوقيع ٢٧٩
المطلب الثالث: أثر التسجيل ٢٨١
أولاً: انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ٢٨١
١ ـ بالنسبة للشهر العقاري ٢٨٢
٢ ـ بالنسبة للسجل العقاري ٢٨٣
ثانياً: انتقال الملكية من وقت التسجيل ٢٨٥
ثالثاً: العبرة بالأسبقية في التسجيل عند التزاحم ٢٨٦
ـ تنازع المشتري من الوارث مع المشتري من المورث ٢٩٠
الفصل الثاني: الالتزام بالتسليم ٢٩٢
المبحث الأول: نطاق الالتزام وتنفيذه ٢٩٣
المطلب الأول: نطاق الالتزام ٢٩٣
أولاً: الشيء ٢٩٣
١ ـ تحديد المبيع ٢٩٣
٢ ـ الحالة التي يجب تسليم المبيع عليها ٢٩٤
٣ ـ مقدار المبيع ٢٩٥
أ ـ حالة نقص المبيع ٢٩٨
ب ـ حالة زيادة المبيع ٢٩٩
جـ ـ تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته ٣٠١
ثانياً: الملحقات ٣٠٢

١ ـ المقصود بالملحقات ٣٠٣
٢ ـ تطبيقات ٣٠٥
أ ـ في حالة بيع العقار ٣٠٥
ب ـ في حالة بيع المنقول ٣٠٦
ثالثاً: الالتزام بالتبصير ٣٠٧
١ ـ نظامه ٣٠٨
أ ـ واجب الإعلام أو الإخبار ٣٠٩
ب ـ واجب النصيحة بالنسبة للأشياء المعقدة ٣١١
جـ ـ واجب التعاون ٣١٣
٢ ـ أساسه ٣١٤
المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام ٣١٥
أولاً: كيفية التسليم ٣١٥
١ ـ القاعدة ٣١٦
ـ عناصر التسليم المبرىء لذمة البائع ٣١٦
٢ ـ صور التسليم ٣١٧
أ ـ التسليم الفعلي ٣١٨
ب ـ التسليم الحكمي ٣١٩
ثانياً: ظروف التسليم ٣٢٠
١ ـ مكان التسليم ٣٢٠
٢ ـ زمان التسليم ٣٢٠
ـ حق البائع في الدفع بعدم التنفيذ ٣٢٣
٣ ـ نفقات التسليم ٣٢٧
المبحث الثاني: عدم تنفيذ الالتزام وأثره ٣٢٨
المطلب الأول: جزاء الإخلال بالالتزام ٣٢٨
أولاً: التنفيذ العيني والتعويض إن كان له مقتضى ٣٢٨
ثانياً: الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى ٣٢٩
المطلب الثاني: هلاك المبيع قبل التسليم ٣٣٠
أولاً: الهلاك بخطأ أحد المتعاقدين ٣٣٠

ثانياً: الهلاك بقوة قاهرة ٣٣١
١ ـ تبعة الهلاك ٣٣٢
أ ـ الهلاك الكلي ٣٣٢
ب ـ الهلاك الجزائي ٣٣٥
٢ ـ انتقال تبعة الهلاك ٣٣٦
الفصل الثالث: الالتزام بالضمان ٣٣٩
ـ نوعا الضمان ٣٣٩
الفرع الأول: ضمان عدم التعرض والاستحقاق ٣٤٠
المبحث الأول: الضمان القانوني ٣٤٠
المطلب الأول: ضمان عدم التعرض الشخصي ٣٤٠
ـ التزام البائع بعدم التعرض ٣٤٠
أولاً: نطاقه ٣٤١
١ ـ من حيث العقد المنشيء له ٣٤١
٢ ـ من حيث الأفعال المكونة للتعرض ٣٤٢
أ ـ شروط التعرض ٣٤٢
ب ـ أنواع التعرض ـ التعرض المادي والتعرض القانوني ٣٤٢
ـ ما مدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضنا؟ ٣٤٤
ثانياً: أحكامه ٣٤٨
١ ـ رابطة الالتزام بالضمان ٣٤٨
أ ـ التزام البائع بضمان عدم التعرض الشخصي لا يقبل التجزئة ٣٤٨
ب ـ حق المشترى في ضمان عدم التعرض الشخصي ٣٥٠
٢ ـ جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان ٣٥٠
المطلب الثاني: ضمان عدم تعرض الغير ٣٥١
ـ التزام البائع بدفع تعرض الغير ٣٥١
أولاً: نطاقه ٣٥٢
١ ـ من حيث البيع الذي ينشىء هذا الضمان ٣٥٢
٢ ـ من حيث شروط التعرض الصادر من الغير الموجب للضمان ٣٥٣

أ ـ أن يكون التعرض قانونياً ٣٥٣
ب ـ أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع، أو
أن يكون تالياً له ولكن مستمد من البائع ٣٥٤
جـ ـ يلزم أن يقع التعرض فعلاً ٣٥٦
ثانياً: أحكامه ٣٥٧
١ ـ رابطة الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير ٣٥٨
أ ـ التزام البائع لضمان تعرض الغير ومدى قابليته للانقسام ٣٦٠
ب ـ حق المشتري في ضمان غرض الغير ٣٥٨
٢ ـ جزاء الإخلال بالالتزام ٣٦٠
أ ـ التنفيذ العيني ـ التزام البائع بدفع التعرض ٣٦٠
(أولاً): الغرض الذي يواجهه المشرع لتعرض الغير ـ
دعوى الاستحقاق ٣٦١
(ثانياً): وسائل دفع البائع للتعرض ـ والأخطار الواجب
من قبل جانب المشتري وأثره ٣٦٢
ب ـ التنفيذ بطريق التعويض ـ ضمان الاستحقاق ٣٦٥
ـ متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق؟ ٣٦٥
(أولاً): الاستحقاق الكلي ٣٦٦
(أ) دعاوى المشتري في حالة الاستحقاق الكلي ٣٦٧
(ب) عناصر التعويض عن ضمان الاستحقاق ٣٦٨
(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق والفوائد القانونية في
هذا الوقت ٣٦٨
(٢) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣٦٩
(٣) المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع ٣٧١
(٤) مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ٣٧٢
(٥) ما لحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب ٣٧٣
(ثانياً): الاستحقاق الجزئي ٣٧٤
أ ـ المقصود بالاستحقاق الجزئي ٣٧٤
ب ـ حقوق المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي ٣٧٥

٣ ـ توقي المشتري استحقاق المبيع، وحق البائع في التخلص
من نتائج الضمان ٣٧٦
المبحث الثاني: الضمان الاتفاقي ٣٧٧
ـ عدم تعلق أحكام الضمان بالنظام العام وصور وحدود الضمان الاتفاقي .. ٣٧٨
أولاً: الاتفاق على زيادة الضمان ٣٧٨
ثانياً: الاتفاق على إنقاص الضمان ٣٧٩
ـ حكم خاص بحقوق الارتفاق ٣٨٠
ثالثاً: الاتفاق على إسقاط الضمان ٣٨٢
الفرع الثاني: ضمان العيوب الخفية ٣٨٤
ـ أهمية ضمان العيوب الخفية ٣٨٤
ـ تطور وتوسع ضمان العيوب الخفية ٣٨٥
المبحث الأول: الضمان القانوني ٣٨٧
المطلب الأول: نطاق الضمان ٣٨٧
ـ العيب الخفي وتخلف صفة في المبيع ٣٨٧
أولاً: من حيث العيوب الموجبة للضمان ٣٨٩
١ ـ يجب أن يكون العيب قديماً ٣٩٠
٢ ـ يجب أن يكون العيب مؤثراً ٣٩٠
أ ـ مجرد تخلف الصفة يوجب الضمان ٣٩٢
ب ـ معيار العيب المؤثر ٣٩٤
٣ ـ يجب أن يكون العيب خفياً ٣٩٧
أ ـ استبعاد حالة تخلف صفة في المبيع كفلها البائع
للمشترى أو أكد وجودها ٣٩٧
ب ـ تحديد المقصود بالعيب الخفي ونطاقه ٣٩٨
٤ ـ يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري ٤٠٠
أ ـ استبعاد حالة تحلف الصفة ٤٠١
ب ـ المقصود بعدم علم المشتري بالعيب ٤٠٢
ـ أثر علم البائع أو جهله بالعيب ٤٠٢
ثانياً: من حيث البيع الذي ينشىء الضمان ٤٠٢

ثالثاً: تمييز ضمان العيوب الخفية عما قد يشتبه به من أنظمه ٤٠٥
١ ـ التمييز بين ضمان العيوب والغلط ٤٠٥
٢ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس ٤٠٧
٣ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ ... ٤٠٨
٤ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز في مقدار المبيع ٤٠٩
المطلب الثاني: أحكام الضمان ٤١٠
أولاً: رابطة الالتزام بضمان العيب ٤١٠
١ ـ البائع مدين بالالتزام بضمان العيب ـ قابلية الضمان للانقسام ٤١٠
٢ ـ المشتري دائن في الالتزام بضمان العيب ـ قابلية الضمان للانقسام . ٤١١
ثانياً: الرجوع بالضمان ٤١٣
ـ إجراءات الرجوع ٤١٣
١ ـ أخطار البائع بالعيب.......................... ٤١٤
أ ـ الأخطار في الوقت الملائم ٤١٤
ب ـ أثر عدم الأخطار في الوقت الملائم ٤١٥
٢ ـ دعوى الضمان ٤١٧
أ ـ ما يرجع به المشتري على البائع ٤١٨
ب ـ أثر هلاك المبيع على دعوى الضمان ٤٢٥
جـ ـ تقادم دعوى الضمان ٤٢٩
المبحث الثاني: الضمان الإنفاقي ٤٣٣
ـ يجوز تعديل أحكام الضمان القانوني بإتفاق خاص............... ٤٣٣
أولاً: صور تعديل أحكام الضمان القانوني ٤٣٤
١ ـ الإتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية ٤٣٤
٢ ـ الإتفاق على إنقاص الضمان................... ٤٣٤
٣ ـ الإتفاق على إسقاط الضمان ٤٣٥
ثانياً: ضمان صلاحية المبيع مدة معينة ٤٣٦

الباب الثاني: التزامات المشتري

الفصل الأول: الوفاء بالثمن ٤٤١

المبحث الأول: الالتزام بدفع الثمن ٤٤١
المطلب الأول: مضمونه ٤٤١
أولاً: دفع الثمن ٤٤١
ثانياً: الفوائد ٤٤٣
المطلب الثاني: ظروف الوفاء بالثمن ٤٤٥
أولاً: زمان الوفاء بالثمن ٤٤٥
ـ الدفع بعدم التنفيذ ٤٤٨
ثانياً: مكان الوفاء بالثمن ٤٤٩
المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الثمن ٤٥٠
أولاً: الدفع بعدم التنفيذ ٤٥٠
ثانياً: التنفيذ العيني ٤٥٠
ثالثاً: الفسخ ٤٥٠
الفصل الثاني: الالتزام بدفع مصروفات البيع ٤٥٦
أولاً: مصروفات البيع ٤٥٦
ثانياً: تكاليف المبيع ٤٥٧
الفصل الثالث: تسلم المبيع ٤٥٩
المبحث الأول: الالتزام بتسلم المبيع ٤٥٩
أولاً: محل الالتزام ٤٥٩
ثانياً: ظروف الوفاء بالتزام المشتري بتسلم المبيع ٤٦٠
١ ـ مكان وزمان التسلم ٤٦٠
٢ ـ نفقات التسليم ٤٦١
المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام ٤٦١
ـ تطبيق القواعد العامة ٤٦١
ـ ملحق ـ التزامات خاصة ٤٦٢
ـ تقييد لحقوق المشتري ٤٦٢
ـ الفهرس ٤٦٥